شرح

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد
ابن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي .....
الشهير « بابن رشد الحفيد »

وبهامشه

السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد

المجلد الثالث

شرح وتحقيق وتخريج
د. عبد الله العبادي

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م

رقم الايداع ٥٣٩٨ / ١٩٩٥
I. S. B. N
977-5146-15-1

الناشر
دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
١٢٠ شارع الأزهر ت: ٩٣٢٨٢٠ - ٢٧٤١٥٧٨
ص.ب ١٦١ الغورية فاكس ٢٧٤١٧٥٠

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب الصيد

كتاب الصيد *

وهذا الكتاب في أصوله أيضاً أربعة أبواب : **الباب الأول** : في حكم الصيد وفي محل الصيد . **الثاني** : فيما به يكون الصيد . **الثالث** : في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد . **والرابع** : فيمن يجوز صيده .

الباب الأول

في حكم الصيد ومحله

فأما حكم الصيد فالجمهور على أنه مباح لقوله تعالى : ﴿ **أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ وطَعامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وللسَّيَّارَةِ ، وحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُماً** ﴾ [١] ثم قال : ﴿ **وإذا حَلَلْتُمْ فاصْطادوا** ﴾ [٢] واتفق العلماء على أن الأمر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الإباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى : ﴿ **فإذا قُضِيَتِ الصلاةُ فانتَشِروا في الأرضِ وابتغوا من فضل الله** ﴾ [٣] أعني أن المقصود به الإباحة لوقوع الأمر به بعد النهي وإن كان

---

* **تعريف الصيد :**

يقال : صاد صيداً ، فهو صائد ، ومَصِيد ، وقد يقع الصيد على المصيد نفسه تسمية بالمصدر كقوله تعالى : ﴿ **لا تَقْتلوا الصيد وأنتم حُرُم** ﴾ (لسان العرب) .

قال داود الأصبهاني : الصيد كل ما كان ممتنعاً ، ولم يكن له مالك وكان حلالاً أكله ، فإذا اجتمعت فيه هذه الخلال ، فهو صيد (النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٢٥١/١) .

وكل الأمم السابقة ، واللاحقة منها ، وسواء المتمدين منها ، وغير المتمدين عرفوا الصيد ، واصطادوا ، وأكلوا ما عدا البراهمة وبعض الفلاسفة ، فإنهم حرموا أنفسهم من هذه النعمة . أما العرب ، فكانت هوايتهم الصيد ، وكانوا مغرمين به ، ويتضح ذلك للمتتبع لأشعارهم في الصيد ، والقنص . وقد أجمع العلماء على أن الصيد مباح ، وأنه من الطيبات .

(١) المائدة آية ٩٦ .

(٢) المائدة آية ٢ .

(٣) الجمعة آية ١٠ .

اختلفوا هل الأمر بعد النهي يقتضي الإباحة أو لا يقتضيه وإنما يقتضي على أصله الوجوب ؟ وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف . وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب ، وفي حق بعضهم مكروه ، وهذا النظر في الشرع تغلغل في القياس وبعد عن الأصول المنطوق بها في الشرع ، فليس يليق بكتابنا هذا إذ كان قصدنا فيه إنما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريباً من المنطوق به .

وأما محل الصيد فإنهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري وهو السمك وأصنافه ، ومن الحيوان البري الحلال الأكل الغير مستأنس . واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المستأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أو نحره ، فقال مالك : لا يؤكل إلا أن ينحر من ذلك ما ذكاته النحر ، ويذبح ما ذكاته الذبح ، أو يفعل به أحدهما إن كان مما يجوز فيه الأمران جميعاً ، وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فإنه يقتل كالصيد [1] .

---

(١) الحيوان المستأنس إذا توحش ، فإن ذكاته العقر .
وهو قول الجمهور ، ومنهم أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وخالف في ذلك مالك ، والليث ، وسعيد بن المسيب ، وربيعة حيث قالوا : لا يحل أكلها إلا بتذكية .
قال أبو عمر بن عبد البر : وقول الشافعي أظهر في أهل العلم ، وأنه يؤكل بما يؤكل به الوحشي لحديث رافع بن خديج ، وهو قول ابن عباس ، وابن مسعود ، ومن جهة القياس ، كما كان الوحشي إذا قدر عليه ، لم يحل إلا بما يحل به الإنسي ، لأنه صار مقدوراً عليه فكذلك ينبغي في القياس ، إذا توحش ، أو صار في معنى الوحشي من الامتناع أن يحل بما يحل به الوحشي » انظر (تفسير القرطبي ٦/ ٥٥) و (نيل الأوطار ٨/ ١٦٣) .
ومثل ذلك البعير يسقط في بئر ، أو شاة تردت من مكان مرتفع فلم يمكن الوصول إليها ، وتعذر خروج البعير ، أو إدراك الشاة حية ، فذكاتها حيث يصيب بالسلاح المنفذ .
والحق أن قول الجمهور هو الصحيح للدليل الواضح في ذلك .

وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للخبر ، وذلك أن الأصل في هذا الباب هو أن الحيوان الإنسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر ، وأن الوحشي يؤكل بالعقر . وأما الخبر المعارض لهذه الأصول ، فحديث رافع بن خديج وفيه قال : فَنَدَّ منها بعير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم ، فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : « إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا »[(١)] . والقول بهذا الحديث أولى لصحته ، لأنه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول إنه جارٍ مجرى الأصل في هذا الباب ، وذلك أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه ، لا لأنه وحشي فقط ، فإذا وجد هذا المعنى من الإنسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي ، فيتفق القياس والسماع .

* * *

---

(١) الحديث متفق عليه . والأوابد ، أي التي تأبدت : بمعنى توحشت انظر (مسلم شرح النووي ١٣/ ١٢٥) .

الباب الثاني

فيما يكون به الصيد

والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان : الآية الأولى قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمَنوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُه أَيْدِيكُمْ ورِمَاحُكُمْ** ﴾ [١] والثانية قوله تعالى : ﴿ **قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ وما عَلَّمْتُم مِّنَ الجوارِحِ مُكَلِّبِينَ** ﴾ [٢] الآية . وأما الحديثان : **فأحدهما** : حديث عَدِيّ بن حاتم ، وفيه أن رسول الله ﷺ قال له : إذا أرسلت كِلابَكَ المُعَلَّمة وذَكَرْتَ اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك . وإن أكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه ، وإن خالطها كلابٌ غَيْرُها فلا تأكل فإنما سميتَ على كلبك ولم تُسَمِّ على غيره » [٣] وسأله عن المعراض فقال : « إذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ » وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب .

والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة الخُشَنِيِّ، وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : « ما أصبتَ بقوسك فَسَمِّ الله ثم كل ، وما صدت بكلبك الذي ليس

---

(١) المائدة آية ٩٤ .

(٢) المائدة آية ٤ .

(٣) نصه قال : قلت : يارسول الله إنا نرسل الكلب المعلم ، فيمسك علينا ، قال : كل ، قلت ، فإن قتل ، قال : كل وإن قتل ، ما لم يشركه كلب غيره ، قال : وسئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض ، قال « ما خَرق ، فكل ، وما قتل بعرضه ، فلا تأكل » الحديث متفق عليه من حديث عدي بن حاتم . انظر (مسلم بشرح النووي ١٣/ ٧٨) وراوي الحديث هو عدي بن حاتم بن عبد الله بن سعد بن الحشرج الطائي ، والده حاتم الموصوف بالجود ، كان عدي نصرانيًا ، فأتى النبي ﷺ مسلماً ، وهو مشهور . (تجريد أسماء الصحابة) .

بعلم وأدركت ذكاته فكل »(١) وهذان الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجها . والآلات التي يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ، ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها ، وهي ثلاث : حيوان جارح ، ومحدّد ، ومثقّل .

فأما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة ، وكذلك بما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الأشياء التي اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الإنسي وهي السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لإعادته . وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر ، فمن العلماء من لم يجز من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ، ومنهم من أجازه على الإطلاق ، ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بثقله أو بحده إذا خرق جسد الصيد فأجازه إذا خرق ولم يجزه إذا لم يخرق . وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الأمصار : الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم (٢) ، وهو راجع إلى أنه لا ذكاة إلا بمحدد . وسبب اختلافهم

(١) نصه « أتيت رسول الله ﷺ ، فقلت : يارسول الله : إنا بأرض صيد ، أصيد بقوسي ، وأصيد بكلبي المعلم ، وأصيد بكلبي الذي ليس بمعلم ، فأخبرني ماذا يصلح لي ؟ قال : أما ما ذكرت أنكم بأرض صيد ، فما صدت بقوسك ، وذكرت اسم الله فكل ، وما صدت بكلبك المعلم ، وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلم ، فأدركت ذكاته فكل » متفق عليه .
وراوي الحديث أبو ثعلبة الخشني الصحابي ، (هو بضم الخاء ، وفتح الشين المعجمتين ، وبعدها نون) منسوب إلى خشين بضم الخاء ، وهو بطن من قضاعة ، وهو خشين بن النمر بن وبرة بن ثعلب بن حلوان ، واختلفوا في اسمه ، واسم أبيه على أقوال كثيرة ، قيل جرهم ، وقيل : جرثوم ، وقيل : عمرو وقيل : الأشير ، واسم أبيه ناشم ، وقيل ناشر ، وقيل : ناشب وقيل : ناشج ، وقيل : جرهم ، وقيل جرثومة .
وكان رضي الله عنه ممن بايع رسول الله بيعة الرضوان ، توفي في خلافة معاوية ، وقيل : في خلافة عبد الملك سنة خمس ، وسبعين (الأسماء والصفات ٢/١٩٩) .

(٢) انظر (سبل السلام ٤/ ٨٤) لمذاهب العلماء في هذه المسئلة . واشتراط الخرق هو مذهب مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة وأحمد ، والثوري .
وذهب الأوزاعي ، ومكحول ، وغيرهما من علماء الشام إلى أنه يحل صيد المعراض مطلقاً . =

....

= والمعراض : بكسر الميم ، والعين المهملة ، وهي خشبة ثقيلة ، أوعصا مُحَدَّدة الرأس ، أو الطرفين ، وقد يكون في طرفها حديدة . والمثقلات التي ليس لها حد من الحديد ، والرصاص . والبندقة ، وهي تتخذ من الطين اليابس ، وكذلك الحذف ، وهي الحصاة ، أو النواة تجعل بين أصبعين ، يضرب بها الطائر ، وفي حكم الخذف المقلاع ، والمنشاب .

البنادق النارية : من المعروف أن البنادق النارية ، اخترعت في وسط المائة الثامنة الهجرية .

أما البنادق النارية المعروفة اليوم ، فسأذكر أقوال بعض العلماء في ذلك : قال الصنعاني : وأما البنادق المعروفة الآن ، فإنها ترمي بالرصاص ، فيخرج وقد صيرته نار البارود كالميل ، فيقتل بحده ، لا بصدمه ، فالظاهر حِلٌّ ما قتله . (سبل السلام ٨٥/٤) .

وجاء في فتاوى الشيخ محمد رشيد رضا : هذا وإن كثيراً من علماء الشرق والغرب قد أفتوا ، وألفوا الرسائل في حل صيد بندق الرصاص بعد حدوثه : فمن علماء الحنفية الشيخ بيرم من علماء تونس الأعلام ، ومن علماء الحديث الإمام الشوكاني الشهير من مجتهدي اليمن ، والسيد صديق حسن خان صاحب النهضة العلمية الدينية الاستقلالية الحديثة في الهند ، فإنه قال في باب الصيد من كتابه « الروضة الندية شرح الدرة البهية » للشوكاني ما نصه : وقد نَزَّلَ ﷺ المِعْراضَ إذا أصاب ، فخزق منزلة الجارح ، واعتبر مجرد الخزق كما في حديث عدي بن حاتم المذكور ، وكان ذكر رواية الصحيحين له ، وفي لفظ لأحمد من حديث عدي قال : قلت يارسول الله : إنا قوم نرمي ، فما يحل لنا ؟ قال : «يحل لكم ما ذكيتم ، وما ذكرتم من اسم الله عليه ، فخزقتم ، فكلوا» فدل على أن المعتبر مجرد الخزق ، وإن كان القتل بمثل ، فيحل ما صاده من يرمي بهذه البنادق الجديدة بها البارود ، والرصاص ، لأن الرصاص تخزق خزقاً زائداً على خزق السلاح ، فلها حكمه .

وعبارة الشوكاني في حاشية (الشفاء) أقول : ومن جملة ما يحل الصيد به من الآلات : هذه البنادق الجديدة التي ترمي بها البارود والرصاص ، فإن الرصاصة يحصل فيها خزق زائد على خزق السهم ، والرمح ، والسيف ، ولها في ذلك عمل يفوق كل آلة ، وذكر مثالاً لذلك ، وما روي من النهي عن أكل ما رمي بالبندقة كما في رواية حديث عدي بن حاتم عند أحمد « ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت »

فالمراد بالبندقة هنا التي تتخذ من طين ، فيرمي بها ، بعد أن تيبس ، ثم ذكر بعده الخذف بالحصى ، وكونه مثل بندق الطين (فتاوى الشيخ محمد رشيد رضا ١٤٩٩/٤ ـ ١٥٠٠) .

وقال الشوكاني رحمه الله تعالى في فتح القدير : وأما البنادق المعروفة الآن وهى بنادق الحديد التي يجعل فيها البارود ، والرصاص ويرمى بها ، فلم يتكلم عليها أهل العلم عن الصيد بها إذا مات ، ولم يتمكن الصائد من تذكيته حيّاً ، والذي يظهر لي أنه حلال لأنها تخزق ، وتدخل من =

معارضة الأصول في هذا الباب بعضها بعضاً ، ومعارضة الأثر لها ، وذلك أن من الأصول في هذا الباب أن الوقيذ محرم بالكتاب والإجماع ، ومن أصوله أن العقر ذكاة الصيد ، فمن رأى أن ما قتل المعراض وقيذ منعه على الإطلاق ، ومن رآه عقراً مختصاً بالصيد وأن الوقيذ غير معتبر فيه أجازه على الإطلاق ، ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فصيراً إلى حديث عدي بن حاتم المتقدم . وهو الصواب

وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ، ومنه ما يتعلق بالشرط . فأما النوع الذي اتفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الأسود ، فإنه كرهه قوم منهم الحسن البصري وإبراهيم النخعي وقتادة ، وقال أحمد ، ما أعرف أحداً يرخص فيه إذا كان بَهِيمًا ، وبه قال

= جانب منه ، ويخرج من الجانب الآخر ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « إذا رميت بالمِعْراض فخزق فكله » فاعتبر الخزق في تحليل الصيد (فتح القدير ٩/٢) .

وقد ألف ابن عابدين ـ وهو من أشهر المتأخرين من علماء الأحناف ـ رسالة في جواز الاصطياد بالبندقة الرصاص .

وممن أباحه من علماء المالكية العلامة شمس الدين الدسوقي ، والعلامة أبو البركات أحمد الدردير ، وأبو عبد الله القوري ، وابن غازي . والشيخ المنجور ، وعبد الرحمن الفاسي ، والشيخ عبد القادر الفاسي (انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٢) .

والحق : أن ما يصاد عن طريق البنادق المعروفة اليوم مباح الأكل ، لأنها تخزق الجسم وتنفذ ، وهو المطلوب .

وأما البنادق الصغيرة التي يوضع فيها عدد من الرصاص الصغير ، وهو غير محدد الرأس ، ثم يُرمى بها الطائر ، فذلك يرجع إلى أهل الخبرة ، فإن كان يخزق وينفذ ، فهو كسابقه في الحل ، وإن كان لا يخزق ، وإنما هو يعرقل الطائر في الطيران ، فلا خلاف في أنه إذا مات منه ، فإنه غير مباح ، لأنه في حكم الموقوذة ، ولا خلاف أنه إذا أدركه وفيه حياة وذُكِّيَ ، حَلّ .

النوع الثاني : الحيوان الجارح ، وينقسم إلى قسمين : حيوان جارح يصيد بنابه ، وطير جارح يصيد بمخلبه .

إسحاق . وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان مُعَلَّماً [١] .

وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم ، وذلك أن عموم قوله تعالى : ﴿ وماعَلَّمْتُم مِّنَ الجوارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ [٢] يقتضي تسوية جميع الكلاب في ذلك « وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الأسود البهيم » [٣] يقتضي في ذلك القياس أن لا يجوز اصطياده على رأي من رأى أن النهي يدل على فساد المنهي عنه . وأما الذي اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية ، فمنهم من أجاز جميعها إذا عُلِّمَتْ حتى السِّنَّور كما قال ابن شعبان ، وهو مذهب مالك وأصحابه ، وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروي عن ابن عباس ، أعني أن ما قَبِلَ التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد . وقال قوم : لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب لا بازٍ ولا صقر ولا غير ذلك إلا ما أدركت ذكاته ، وهو قول مجاهد ، واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازي فقط : يجوز صيده وحده [٤] .

---

(١) اتفق العلماء على صيد الكلاب غير البهيم (الأسود) لقوله تعالى : ﴿ وما عَلَّمْتُمْ من الجوارِحِ مُكَلِّبين ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم « إذا أرسلت كلابك المعلّمة ، وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك ، وإن أكل الكلب ، فلا تأكل ، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه ، وإن خالطها كلاب غيرُها ، فلا تأكل ، فإنما سمّيت على كلبك ، ولم تسم على غيره » (متفق عليه) وقد تقدم وحديث أبي ثعلبة كذلك . وقد تقدم .

أما الكلب البهيم (الأسود) فلم يفرق الجمهور بينه ، وبين غيره من الكلاب ، ومنهم مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، فأجازوا الاصطياد به .

وأما الإمام أحمد ، فلم يجز الاصطياد به ، وقال : لا أعلم أحداً يرخص فيه ، وكرهه الحسن البصري ، وإبراهيم النخعي ، وقتادة . انظر (شرح مسلم للنووي ١٣٤/٨) و (حاشية المقنع ١٥١/٣) .

(٢) المائدة آية ٤ .

(٣) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « اقتلوا منها كل أسود بهيم » رواه الخمسة ، وصححه الترمذي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٤٥/٨) .

(٤) هل يجوز الاصطياد بغير الكلب من الحيوانات المدربة كالفهد ، والنمر ، والسنور ، والطيور المدربة كالصقور ، وأشباهها ؟

= قال ابن عباس في قوله تعالى ﴿ **وما علّمتم من الجوارح** ﴾ هي الكلاب المعلّمة ، وكل طير تعلم الصيد ، والفهود ، والصقور ، وأشباهها ، وبمعنى هذا قال طاوس ، ويحيي بن أبي كثير ، والحسن ، ومالك ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي ، وأبو ثور ، وحكي عن ابن عمر ، ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا بالكلب . لقوله تعالى ﴿ **وما علّمتم من الجوارح مكلّبين** ﴾ يعني كَلّبتمْ من الكلاب .

انظر (المغني ٥٤٥/٨) .

ودليل الجمهور ما رواه الترمذي من حديث عدي بن حاتم قال : « سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي ، فقال : « ما أمسك عليك ، فكل » .

وقد ضعف بمجالد ، ولكن قال الصنعاني : إنه يعمل بما رواه . انظر (سبل السلام ٨٣/٤) .

ومن أجاز الاصطياد بها . اشترط شرطين :

١ ـ أن يسترسل إذا أُرْسِلَ .

٢ ـ أن يجيب إذا دُعِيَ .

ولا يشترط ترك الأكل . وهذا قول الجمهور . وبه قال ابن عباس ، والنخعي ، وحماد ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأحمد .

وعند الشافعية : أنه يشترط فيه ما يشترط في الكلب في عدم الأكل لأنه جاء في حديث عدي ، « فإن أكل الكلب ، والبازي ، فلا تأكل » ومن لم يشترط تَرْكَ الأكل من الصيد احتج بما روي عن ابن عباس قال : إذا أكل الكلب ، فلا تأكل ، وإن أكل الصقر ، فكل ، لأنك لا تستطيع أن تضرب الصقر ، وتستطيع أن تضرب الكلب ، ونقلوا إجماع الصحابة على ذلك .

وقالوا : إن البازي يخالف الكلب من وجوه : ١ ـ إن التعليم يعني ترك العادة والطبع ، والبازي من عادته التوحش والتنفير من الناس ، أما الكلب فإنه أليف بالناس بطبعه .

٢ ـ إن البازي يعلم بالأكل ، فإذا أكل ، لا يقدح في تعليه ، بخلاف الكلب .

٣ ـ إن الكلب يمكن تعليه بالضرب ، بخلاف البازي ، فإنه لا يمكن ضربه ، وقد روي عن ابن عباس ، وعلي ، وسليمان الفارسي رضي الله عنهم أنهم قالوا : « إذا أكل الصقر ، فكل ، وإن أكل الكلب ، فلا تأكل » والذين أجازوا الاصطياد بالطيور الجارحة ، اختلفوا ، فمنهم من اشترط الجرح في الصيد ، فإذا لم يجرحه ، وقتله بصدمته أو خنقه ، قالوا : لا يؤكل .

أما الشافعي ، فلم يفرق بين ما جرحه ، وما قتله بصدمته أو خنقه ، وهي رواية عن أحمد ، واختاره ابن الجوزي ، وابن حامد ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة . انظر (حاشية المقنع ٣/ ٥٥٣) و (بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٩٨) .

وسبب اختلافهم في هذا الباب شيئان : **أحدهما** : قياس سائر الجوارح على الكلاب ، وذلك أنه قد يُظَنّ أن النص إنما ورد في الكلاب ، أعني قوله تعالى : ﴿ **وما عَلَّمْتُم مِّن الجوارِحِ مُكَلِّبِين** ﴾ إلا أن يتأول أن لفظة « مكلبين » مشتقة من كَلَبِ الجارح لا من لفظ الكلب ، ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذي في الآية ، فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذي في لفظة مكلبين . **والسبب الثاني** : هل من شرط الإمساك الإمساك على صاحبه أم لا ؟ وإن كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد ؟ فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هي مشتقة من اسم الكَلْبِ لا من اسم غير الكلب أو أنه لا يوجد الإمساك إلا في الكلب ـ أعني على صاحبه ـ وأن ذلك شرط قال : لا يصاد بجارحٍ سوى الكلب ، ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الإمساك الإمساك على صاحبه قال : يجوز صيد سائر الجوارح إذا قَبِلَت التعليم .

وأما من استثنى من ذلك البازي فقط فصيراً إلى ما روي عن عدي بن حاتم أنه قال « سألت رسول الله ﷺ عن صيد البازي فقال : ما أمسك عليك فكُلْ » . خرجه الترمذي . فهذه هي أسباب اتفاقهم في أنواع الجوارح . وأما الشروط المشترطة في الجوارح فإن منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى : ﴿ **وما عَلَّمْتم من الجوارِحِ مُكَلِّبين** ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أرسلت كلبك المعلم » واختلفوا في صفة التعليم وشروطه ، فقال قوم : التعليم ثلاثة أصناف : **أحدها** : أن تدعو الجارح فيجيب .

والثاني : أن تشليه فينشلي . **والثالث** : أن تزجره فيزدجر . ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب ، وإنما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح ، فاختلفوا أيضاً في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح ؟ فمنهم من اشترطه على الإطلاق ، ومنهم من اشترطه في الكلب فقط ، وقول مالك :

إن هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها ، وقال ابن حبيب من أصحابه : ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من شرط الجوارح مثل البزاة والصقور ، وهو مذهب مالك ، أعني أنه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل ، واشترطه بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ، ومنهم من اشترطه كما قلنا في الكل ، والجمهور على جواز أكل صيد البازي والصقر وإن أكل ، لأن تضريته إنما تكون بالأكل .

فالخلاف في هذا الباب راجع إلى موضعين : **أحدهما** : هل من شرط التعليم أن ينزجر إذا زجر ؟ **والثاني** : هل من شرطه ألا يأكل ؟

وسبب الخلاف في اشتراط الأكل أو عدمه شيئان : **أحدهما** : اختلاف حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه « فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه »(١) والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكُلْ ، قلت : وإن أكل منه يارسول الله ؟ قال : وإن أكل »(٢) فمن جمع بين

---

(١) الحديث متفق عليه انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٨/ ١٥٠) .

(٢) بهذا اللفظ رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة ، وأحمد ، وأعله البيهقي .

ورواه أبو داود عن أبي ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب « إذا أرسلت كلبك ، وذكرت اسم الله ، فكل ، وإن أكل منه ، وكل ما ردت عليك يدك » .

قال الشوكاني : قال الحافظ : لا بأس بإسناده ، وفي إسناده داود بن عمرو الأودي الدمشقي عامل واسط . قال أحمد بن عبد الله العجلي : ليس بالقوى . وقال أبو زرعة الرازي : هو شيخ ، وقال يحيي بن مَعين : ثقة . وقال أبو زُرْعَة : لا بأس به ، وقال ابن عدي : لا أرى برواياته بأساً ، قال ابن كثير : وقد طعن في حديث أبي ثعلبة ، وأجيب : بأنه صحيح لا شك فيه على أنه قد روى الثوري عن سِمَاكِ بن حرب عن عدي عنه ﷺ مثل حديث أبي ثعلبة ، إذا كان الكلب ضارياً ، وروى عبد الملك بن حبيب : حدثنا أسد بن موسى عم أبي زائدة عن الشعبي عن عدي بمثله ، فوجب حمل حديث عدي على كراهة التنزيه . انظر (نيل الأوطار ٨/ ١٥١) .

الحديثين بأن حمل حديث عدي بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال : ليس من شرطه ألا يأكل ، ومن رجح حديث عدي بن حاتم إذ هو حديث متفق عليه وحديث ابي ثعلبة مختلف فيه، ولذلك لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم وقال : من شَرْطِ الإمساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال : إن أكل من الصيد لم يؤكل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحق والثوري ، وهو قول ابن عباس وَرَخَّصَ في أكل ما أكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان [١] . وقالت المالكية المتأخرة إنه ليس الأكل بدليل على أنه لم يمسك لسيده ولا الإمساك لسيده بشرط في الذكاة ، لأن نية الكلب غير معلومة ، وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه ، وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عليكم ﴾ [٢] وللإمساك على سيد الكلب طريق تعرف به ، وهو العادة ، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » .

وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب إلا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب ، لأن الكلب الذي لا يزدجر لا يسمى مُعَلَّماً باتفاق ، فأما سائر الجوارح إذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ؟ ففيه التردد وهو سبب الخلاف .

* * *

---

(١) قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد : يشترط ألا يأكل من الصيد ، فإن أكل لا يؤكل .
وقال مالك : لا يشترط ، فإن أكل الكلب من الصيد ، ولم يبق إلا بعضه ، جاز أكله ، وهو قول سعد بن أبي وقاص ، وعبد الله بن عمر ، وسلمان الفارسي ، وأبي هريرة ، وهو قول الشافعي . انظر (روضة الطالبين ٢٤٦/٣) و (المغني ٥٤٢/٨) و (حاشية الدسوقي ١٠٤/٢)
وقال الشافعي : إن كان الأكل سببه الجوع من الكلب ، فإنه يؤكل لأن ذلك من سوء تعليمه ، وأما إذا لم يكن من جوع ، فإنه لا يؤكل ، انظر (القرطبي) .

(٢) المائدة : ٤ .

الباب الثالث

في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العَقْر . واختلفوا في شروطها اختلافاً كثيراً ، وإذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط : اثنان يشتركان في الذكاتين أعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية . وستة تختص بهذه الذكاة : **أحدها** : أنها إن لم تكن الآلة أو الجارح الذي أصاب الصيد قد أنفذ مقاتله فانه يجب أن يذكى بذكاة الحيوان الإنسي إذا قدر عليه قبل أن يموت مما أصابه من الجارح أو من الضرب . وأما إن كان قد أنفذ مقاتله فليس يجب ذلك وإن كان قد يستحب . **والثاني** : أن يكون الفعل الذي أصيب به الصيد مبدؤه من الصائد لا من غيره : أعني لا من الآلة كالحال في الحبالة ، ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلى من ذاته ، **والثالث** : أن لا يشاركه في العقر من ليس عَقْرُهُ ذكاة . **والرابع** : أن لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند غيبته عن عينه . **والخامس** : أن لا يكون الصيد مقدوراً عليه في وقت الإرسال عليه . **والسادس** : أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه . فهذه هي أصول الشروط التي من قِبَلِ اشتراطها أو لا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء ، وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط . ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة ، كاتفاق المالكية على أن من شرط الفعل أن يكون مبدؤه من الصائد .

واختلافهم إذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ، ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين أن يوجد لها هذا الشرط أو لا يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على أن من شرطه إذا أُدْرِكَ غير منفوذ المقاتل أن يُذَكّى إذا قُدِرَ عليه قبل أن يموت .

واختلافهم بين أن يخلصه حيًّا فيموت في يده قبل أن يتمكن من ذكاته ، فإن أبا حنيفة منع هذا وأجازه مالك ورآه مثل الأول ، أعني إذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين أن يقال أدركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فأشبه المفرط أو لم يشبهه فلم يقع منه تفريط . وإذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط المشترطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد نفسه على ما سيأتي يجب أن يذكر منها ما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه ، وأسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم . فنقول : أما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيها ، وسببه في كتاب الذبائح ، ومن قِبَلِ اشتراط النية في الذكاة لم يجز عند من اشترطها إذا أرسل الجارح عل صيدٍ وأَخَذَ آخر ذكاة ذلك الصيد الذي لم يرسل عليه ، وبه قال مالك [1] ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : ذلك جائز ويؤكل ، ومن قِبَلِ هذا أيضاً اختلف أصحاب مالك في الإرسال على صيد غير مرئي ، كالذي يرسل على ما في غيضة أو من وراء أكمة ولا يدري هل هنالك شيء أم لا ؟ لأن القصد في هذا يشوبه شيء من الجهل .

---

(١) أما التسمية ، فاختلفوا فيها كما في الذبح ، فقال : الجمهور ، ومنهم مالك وأبو حنيفة ، وأحمد هي واجبة ، فلا يحل الصيد بدونها ، لأن الحنفية والمالكية قالوا : إن تركها عمداً لا تحل ، وإن تركها سهواً حلت على أصلهم في الذبح الاختياري .
أما الحنابلة فقالوا : لا تحل في كلا الحالين ، سواء تركها عمداً ، أم سهواً وأجابوا عن الحديث « رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » أن الحديث يفيد نفي الإثم ، لا نفي الشرط ، وقالوا : في الفرق بين الذبح والصيد ، إن الذبيحة في حالة الذبح تباح في حالة النسيان لأن الذبح وقع في محله ، فجاز أن يسامح فيه بخلاف الصيد ، انظر (العُدّة ٤٤) . و(المغني ٨/ ٥٤٠) وقال الشافعية على أصلهم : لا تشترط التسمية عند الصيد ، لكنها مستحبة ، ويكره عدم التسمية على الصحيح كما ذكره النووي . انظر (شرح مسلم ١٣٣/٨) واتفقوا على أن وقتها عند الإرسال ، لا وقت الإصابة ، والدليل على ذلك قوله ﷺ لعدي « إذا رميت بالمعراض ، وذكرت اسم الله ، فكل ، وإن أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكُلْ » متفق عليه . فقال : إذا رميت ، وإذا أرسلت عكسها عند الذكاة الاختيارية ذلك أن الذكاة الاضطرارية ليست من صنع الإنسان ، لا مباشرة ولا سبباً ، بل هي من صنع الله تعالى وهو =

وأما الشرط الأول : الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو أن عقر الجارح له إذا لم ينفذ مقاتله ، إنما يكون إذا لم يدركه المرسل حيًّا ، فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام : « وإن أدركته حيّاً فاذْبحه » وكان النخعي يقول : إذا أدركته حياً ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله ، وبه قال الحسن البصري [1] مصيرًا لعموم قوله تعالى : ﴿ **فكلوا مما**

= مذهب أهل السنة والجماعة ألا ترى أنه لو أرسل كلباً ، أو سهماً على صيد ، فأخطأ ، فأصاب آخر ، وسمى عند الإرسال أن الصيد المصاب يؤكل ، ولو سمى على شاة ، فتركها ، وذبح أخرى أنها لا تؤكل ، ولو أضجع شاة وسمّى عليها ، ورمى السكين ، وأخذ أخرى ، فذبحها أنها تؤكل . انظر (بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨٥) .

أما النية ، فإنها شرط عند الجمهور ، ومنهم أبو حنيفة ، ومالك والشافعي ، وأحمد عند الإرسال ، فما لم ينو ، لم يؤكل . وقال عطاء ، والأوزاعي : يؤكل صيده ، إذا جرحه ، وقال عطاء : إذا سمى عند انقلابه أبيح .

وعند المالكية : لو أرسل كلبه ، أو بازه على غار ، أو غيضة (لفيف من الشجر) لم يعلم أن فيها صيداً ، ونوى عند الإرسال ، فوجد صيداً ، فقتله ، فإنه يحل بتلك النية ، وذلك تنزيلاً للغالب منزلة المعلوم انظر (حاشية الدسوقي ١٠٤/٢) وقال صاحب المغني : لا يؤكل في قول أكثر أهل العلم . وهو مذهب أحمد ، وأبي حنيفة ، ومالك . انظر (المغني ٨/ ٥٤٥) و (بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٠٣) وعند الشافعية : يجوز أكله ، انظر (المجموع ١٠٧/٩) فإن لم يعلم به بأن رمى ، وهو لا يرجو صيداً فأصاب صيداً ، فإنه لا يحل على الصحيح .

(١) اتفقوا على أن الصيد ، إذا أصيب ، ثم أُدْرِكَ ، وفيه حياة مستقرة ولم يتعذر ذبحه ، أنه لا يباح إلا بتذكية بالشروط التي مرت لقوله عليه الصلاة والسلام : « وإن أدركته حيًّا ، فاذبحه » وهو قول الشافعي ومالك ، وأبي حنيفة والصحيح من مذهب أحمد .

وقال الحسن البصري ، والنخعي : إذا أدركه حيًّا ، وليس معه ما يذبح به سلط عليه الكلاب حتى تقتله ، وهي رواية عن أحمد .

قال النووي : وهو مجمع عليه (أي الذبح) وما نقل عن الحسن ، والنخعي خلاف ذلك ، فباطل ، لا أظن يصح عنهما . انظر (المغني ٨/ ٥٤٥) و (شرح مسلم ١٣/ ٧٧) .

قال النووي : وأما إذا أدركه ، ولم تبق فيه حياة مستقرة بأن قطع حلقومه ، ومريئه ، أو أجافه ، أو خرق أمعاءه ، أو أخرج حشوته ، فيحل من غير ذكاة بالإجماع ، وبعضهم قال : يستحب إمرار السكين على حلقومه لإراحته . (شرح مسلم ١٣/ ٧٧) للنووي .

أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) ومن قبل هذا الشرط قال مالك : لا يتوانى المرسل في طلب الصيد ، فإن توانى فأدركه ميتاً ، فإن كان منفوذ المقاتل بسهم حل أكله وإلا لم يحل من أجل أنه لو لم يتوان لكان يمكن أن يدركه حياً غير منفوذ المقاتل .

وأما الشرط الثاني : وهو أن يكون الفعل مبدؤه من القانص ويكون متصلاً حتى يصيب الصيد ، فمن قِبَلِ اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحُبَالة والشبكة إذا أنفذت المقاتل بمحدد فيها ، فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور ، ورخص فيه الحسن البصري (٢) ، ومن هذا الأصل لم يجز مالك الصيد الذي أرسل عليه الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد إليه من قِبَلِ نفسه (٣) .

وأما الشرط الثالث : وهو أن لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة له ، فهو شرط مجمع عليه فيما أذكر ، لأنه لا يدري من قتله (٤) .

وأما الشرط الرابع : وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا في قتل جارحه له ، فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد إذا غاب مصرعه ، فقال مالك مرة :

---

(١) المائدة آية ٤ .

(٢) إذا نصبت المناجل للصيد ، فعقرت صيداً ، أو قتلته حل ، فإن بان منه عضو ، فحكمه حكم البائن بضربه الصائد . هذا مذهب أحمد ، وروي ذلك عن ابن عمر ، وهو قول الحسن ، وقتادة وقال الشافعي : لا يباح بحال ، وهو قول الجمهور . انظر (المغني ٨/ ٥٥٨) أما ما قتلته الشبكة ، أو الحبل ، فهو محرم ، لا خلاف بين العلماء في ذلك إلا خلافاً عن الحسن . وهو قول شاذ . انظر (المغني ٨/ ٥٥٨) .

(٣) انظر (الكافي ١/ ٣٧٤) و (قوانين الأحكام الشرعية ص١٨٦) .

(٤) إذا أرسل كلبه على صيد ، فوجد الصيد ميتًا ، ووجد مع كلبه كلبًا لا يعرف حاله ، ولا يدري هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا ؛ ولا يعلم أيها قتله ، أو يعلم أنها جميعاً قتلاه أو أن قاتله الكلب المجهول ، فإنه لا يباح ، إلا أن يدركه حيًّا ، فيذكيه ، وبهذا قال عطاء ، والقاسم بن مخيمرة ، ومالك ، والشافعي وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وهو قول أحمد . قال ابن قدامة : لا نعلم لهم مخالفاً في ذلك . انظر (المغني ٨/ ٥٤٩) .

لا بأس بأكل الصيد إذا غاب عنك مصرعه إذا وجدت به أثراً من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت ، فإذا بات فإني أكرهه . وبالكراهية قال الثوري ، وقال عبد الوهاب : إذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل ، وفي السهم خلاف ، وقال ابن الماجشون : يؤكل فيهما جميعاً إذا وجد منفوذ المقاتل ، وقال مالك في المدونة : لا يؤكل فيهما جميعاً إذا بات وإن وجد منفوذ المقاتل ، وقال الشافعي : القياس أن لا تأكله إذا غاب عنك مصرعه ، وقال أبو حنيفة : إذا توارى الصيد والكلب في طَلَبِهِ فوجده المرسل مقتولاً جاز أكله ما لم يترك الكلب الطلب ، فإن تركه كرهنا أكله [١] .

(وسبب اختلافهم شيئان اثنان : الشك العارض في عين الصيد ، أو في ذكاته) [٢] .

والسبب الثاني : اختلاف الآثار في هذا الباب ، فروى مسلم والنسائي والترمذي وأبو داود عن أبي ثعلبة عن النبي عليه الصلاة والسلام في الذي

---

(١) قال ابن عبد البر : ومن أرسل كلبه ، فغاب عنه ، أو أرسل سهمه ولم يره ، ثم وجد الكلب ، أو السهم قد أنفذ مقاتل الصيد ، فلا بأس بأكله ما لم يَبِتْ خوفاً من أن يكون أعان عليه بعض دواب الأرض وقد قيل : إن غاب عنه طويلاً ، فلا يأكله ، سواء بات عنه ، أو لم يَبِتْ وقد قيل : يأكله ، وإن بات عنه ، إذا أصاب سهمه ، أو كلبه قد أنفذ مقاتله ، وهذا هو المعمول به في تحصيل المذهب انظر (الكافي ١/ ٣٧٤) .

وعند أحمد ، إذا رماه ، فغاب عن عينه ، فوجده ميتاً ، وسهمه فيه ولا أثر به غيره حل أكله . هذا هو المشهور عن أحمد ، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد ، فغاب عن عينه ، ثم وجده ميتاً ، ومعه كلبه حل ، وهو قول الحسن ، وقتادة . وعن أحمد إن غاب نهاراً فلا بأس ، وإن غاب ليلاً ، لم يأكله ، وعنه : إن غاب مدة طويلة لم يُبَح ، وإن كانت يسيرة أُبيح .

وكره عطاء ، والثوري أكل ما غاب ، وعن أحمد مثل ذلك ، وللشافعي قولان . وقال أبو حنيفة : يباح إن لم يكن ترك طلبه ، وإن تشاغل عنه ، ثم وجده ، لم يبح . انظر (المغني ٨/ ٥٥٣) وانظر كتابنا (الذبائح في الشريعة الإسلامية) .

(٢) ما بين القوسين من نسخة « دار الكتب الإسلامية » .

يـدرك صيـده بعـد ثـلاث فقـال : « كُلْ مـا لم يُنْتِنْ » [١] وروى مسلم عن أبي ثعلبة أيضـاً عن النبي عليـه الصلاة والسلام قـال : « إذا رميتَ سهمـك فغـاب عنك مصرعه فكُلْ ما لم يبت » [٢] وفي حديث عـدي بن حـاتم أنـه قـال عليـه الصلاة والسلام : « إذا وجـدت سهمـك فيـه ولم تجـد فيـه أثر سبع وعلمت أن سهمـك قتلـه فكل » . ومن هـذا البـاب اختلافهم في الصيـد يصـاد بـالسهم أو يصيبـه الجـارح فيسقـط في مـاء أو يتردى من مكان عـال ، فقـال مـالـك : لا يؤكل لأنه لا يـدري من أي الأمرين مـات ، إلا أن يكون السهم قـد أنفـذ مقاتله ولا يشك أن منه مات ، وبه قال الجمهور [٣] .

وقـال أبو حنيفـة : لا يؤكل إن وقع في مـاء منفوذ المقـاتـل ، ويـؤكل إن تردى .

وقال عطـاء : لا يؤكل أصلاً إذا أصيبت المقـاتل وقع في مـاء أو تردى من موضع عـال لإمكان أن يكون زهوق نفسـه من قبل التردي أو من المـاء قبـل زهوقها من قبل إنفاذ المقاتل .

---

(١) رواه مسلم ، وأحمد ، والنسـائي ، والترمـذي ، وأبو داود . انظر (مسلم بشرح النووي ١٣/ ٨١) .

(٢) رواه مسلم . انظر (مسلم بشرح النووي ١٣/ ٨١) .

(٣) اختلفوا في الصيد يصيبه السهم ، أو الجارح ، فيسقط في ماء أو يتردى من مكان شاهق .
فـقال مالك : إذا أنفذ المقاتل ، ولم يكن هناك شك في الذي قتله ، هل الجـارح ، أو المـاء ، أو التردي ، فإنه مباح الأكل ، وإذا لم ينفذ المقاتل ، لا يؤكل ، لأنه لا يـدري مـا الـذي قتلـه هل الجارح أو الماء ، أو التردّي ، وهو قول الجمهور . انظر (الكافي ١/ ٣٧٣) .
وقال أبو حنيفة : لا يؤكل إن وقع في المـاء ، وإن كان منفوذ المقـاتل ، ويؤكل المتردي ، وإن لم يكن منفوذ المقاتل .
وقال عطاء : لا يؤكل أصلاً ، سواء المتردي ، أم الذي وقع في الماء سواء أكان منفوذ المقـاتل ، أم لا ، لإمكان زهوق روحـه عن طريق التردي ، وهو المشهـور من مـذهب أحمـد ، وهـو قـول ابن مسعود ، انظر (نيل الأوطـار ٨/ ١٥٤) و (المغني ٨/ ٥٥٥) ولا خـلاف بينهم أنـه إذا سقـط في الماء ، أو تردى من علو ، ولم تكن الجراحة موجية أنه ميتة لا يباح أكلها . لقولـه عليـه الصـلاة =

وأما موته من صدم الجارح له ، فإن ابن القاسم منعه قياساً على المثقل وأجازه أشهب لعموم قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ولم يختلف المذهب أن ما مات من خوف الجارح أنه غير مذكى [١] . وأما كونه في حين الإرسال غير مقدور عليه ، فإنه شرط فيما علمت متفق عليه [٢] . وذلك يوجد إذا كان الصيد مقدوراً على أخذه باليد دون خوف أو غرر .

إمَّا من قِبَلِ أنه قد نشب في شيء أو تعلق بشيء أو رماه أحد فكسر جناحه أو ساقه ، وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه . مثل أن تضطره الكلاب فيقع في حفرة ، فقيل في المذهب يؤكل ، وقيل لا يؤكل .

واختلفوا في صفة العقر إذا ضُرِبَ الصيد فأُبِينَ منه عُضْوٌ ، فقال قوم : يؤكل الصيد إلا ما بان منه ، وقال قوم : يؤكلان جميعاً ، وفرق قوم بين أن يكون ذلك العضو مقتلاً أو غير مقتل ، فقالوا : إن كان مقتلاً أكلا جميعاً وإن كان غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو . وهو معنى قول مالك ، وإلى هذا يرجع خلافهم في أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثاني [٣] .

= والسلام : « إذا رميت سهمك ، فاذكر اسم الله ، فإن وجدته قد قتل ، فكل ، إلا أن تجده قد وقع في ماءٍ ، فإنك لا تدري الماءُ قتله أو سهمك » . (متفق عليه) انظر (صحيح مسلم بشرح النووي ٧٩/١٣) واتفقوا على أنه إن وقع في الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجاً من الماء ، أو يكون من طير الماء الذي لا يقتله الماء ، أو كان التردي لا يقتل مثل ذلك الحيوان ، فلا خلاف في إباحته . انظر (حاشية المقنع ٥٤٩/٣) .

(١) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ١٨٧) . قال ابن جزي : الشرط الثالث : أن يموت من الجرح ، لا من صدمة الجارح ، ولا من الرعب ، وفاقاً لهما ، وأجاز أشهب أكله .

(٢) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ١٨٧) فهو شرط متفق عليه .

(٣) إن أصاب الصيد ، فأبان منه عضواً ، فذهب أحمد إلى أنه إذا أبان عضواً ، وبه حياة مستقرة ، لم يبح ما أبان ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ما قطع من البهيمة ، وهي حية ، فهو ميتة » رواه =

وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام « ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » لعموم قوله تعالى : ﴿ فكُلُوا مما أَمْسَكْنَ عليكم ﴾ ولعموم قوله تعالى : ﴿تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقاً قال : يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد ، وحمل الحديث على الإنسي ، ومن حمله على الوحشي والإنسي معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال : كل الصيد دون العضو البائن ، ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة ، أعني في قوله وهي حية فرق بين أن يكون العضو مقتلاً أو غير مقتل .

* * *

= أحمد ، والترمذي وأبو داود ، وابن ماجة بمعناه . انظر (نيل الأوطار ٨/ ١٦٤) وإن أبانه ، فمات الحيوان في الحال ، حل الجميع سواء أكانتا متساويتين أم متفاوتتين ، وهو قول الشافعي ، وروي ذلك عن عكرمة والنخعي ، وقتادة . انظر (الروضة ٣/ ٢٤٢) .
وقال مالك : إن كان الذي انفصل مقتلاً ، فإن الصيد مباح ، وما انفصل منه ، وإن لم يكن ما انفصل مقتلاً ، فلا يحل ، ويحل الصيد . وقد روي عن مالك ، وغيره من أهل المدينة أنه يؤكل جميعه قليله ، وكثيره ، لأن الضربة بنية الاصطياد ذكاة له ، وما قطع من حيٍّ ، فهو ميتة ، إذا عاش ذلك الحي ، أو لم يكن صيداً . انظر (الكافي ١/ ٤٧٣) وقال أبو حنيفة : إن قطعه نصفين متساويين ، أو القطعة التي مع الرأس أقل من الأخرى حل ، وإن كانت القطعة التي من جهة الذَّنَبِ أقل ، لم تحل ، وحل الرأس . انظر (بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧٥) وعند أحمد : إن قطع العضو ، فتعلق بالجلد حل ، وعند أبي حنيفة لا يحل ، وإن تعلق باللحم حل . انظر (حاشية المقنع ٣/ ٥٥٠) و (بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٧٥) .

الباب الرابع

في شروط القانص

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه ، وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ، ويخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرماً ، ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى : ﴿ وَحُرِّمَ عليكم صَيْدُ البَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُما ﴾ [١] فإن اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لأحد أصلاً ؟ اختلف فيه الفقهاء . فذهب مالك إلى أنه ميتة ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور إلى أنه يجوز لغير المحرم أكله [٢] .

وسبب اختلافهم هو الأصل المشهور وهو هل النهي يعود بفساد المنهي أم لا ؟ وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب . واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوس المعلم ، فقال مالك : الاصطياد به جائز ، فإن المعتبر الصائد لا الآلة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم ، وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري ، لأن الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وماعَلَّمْتُم مِّنَ الجوارِحِ مُكَلِّبين ﴾ متوجه نحو المؤمنين . وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .

* * *

---

(١) المائدة آية ٩٦ .

(٢) ما صاده المحرم مذهب مالك أنه ميتة ، لا يحل للمحرم ، ولا لغيره . وذهب الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور إلى أنه يجوز لغيره أكله . وقد تقدمت هذه المسئلة في كتاب الحج .

آداب الصيد :

من الآداب التي يجب أن يتمسك بها الصائد عدم العبث بالصيد ، فالإسلام أوجب على المسلمين الرحمة نحو الحيوان ، فلا يقتل الحيوان دون ما هدف ، أو منفعة لمجرد اللعب ، والعبث ، أو أن يتخذ الحيوان غرضاً ، فقد جاء في الحديث « من قتل عصفوراً عبثاً عج إلى يوم القيامة يقول : =

= يارب يارب إن فلاناً قتلني عبثاً ولم يقتلني منفعة » رواه أحمد ، والنسائي . انظر (نيل الأوطار ٨/ ١٥٥) وجاء أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام « ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حِلّها ، إلا سأله الله عنها يوم القيامة ، قيل : يارسول الله ، وما حقها ؟ قال : أن يذبحها ، فيأكلها ، ولا يقطع رأسها ، فيرمي بها » رواه النسائي ، والحاكم .

و« نهى رسول الله ﷺ أن تُصْبَرَ البهائم » متفق عليه . أي تنصب فترمى ، وهي حية .

وجاء في الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا تتخذوا شيئاً فيه الروح غَرَضاً » رواه مسلم وابن ماجة . قال الصنعاني : ويؤيده قوة حديث « لعن الله من فعل هذا .. » لما مر ﷺ ، وطائر قد نصب ، وهم يرمونه . ووجه حكمة النهي أن فيه إيلاماً للحيوان ، وتضييعاً لماليته ، وتفويتاً لذكاته إن كان مما يذكى ، ولمنفعته ، إن كان غير مذكى . (سبل السلام ٤/ ٨٥) .

وقد مر ابن عمر بفتيان من قريش قد نصبوا طيراً ، وهم يرمونه ، وقد جعلوا لصاحب الطير كل خاطئة من نبلهم فلما رأوا ابن عمر تفرقوا ، فقال ابن عمر : « من فعل هذا ؟ إن رسول الله ﷺ لعن من اتخذ شيئاً فيه الروح غرضاً » رواه مسلم . انظر (شرح مسلم للنووي ١٣/١٠٩)

أما الاصطياد بالليل ، فقال أحمد : لا بأس به ، فقيل له : قول النبي ﷺ « أقروا الطير على وُكُناتها » فقال : هذا كان أحدهم يريد الأمر ، فيثير الطير حتى يتفاءل إن كان عن يمينه قال : كذا ، وإن جاء عن يساره قال : كذا ، فقال : عليه الصلاة والسلام « أقروا الطير على وُكُناتها » (المغني ٨/٥٥٦) انظر كتابنا « الذبائح في الشريعة الإسلامية » ومؤلفنا « تقديم طاعة على أخرى أو تركها نظراً للزمان والمكان والأحوال » .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب العَقِيقة

كتاب العَقِيقة (١)

والقول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب : **الأول** : في معرفة حكمها . **والثاني** : في معرفة محلها . **والثالث** : في معرفة من يعق عنه وكم يعق . **الرابع** : في معرفة وقت هذا النسك . **الخامس** : في سن هذا النسك وصفته . **السادس** : حكم لحمها وسائر أجزائها .

---

(١) **تعريفها**

قال صاحب المحكم : يقال : عقَّ عن ولده يَعُقُّ (بكسر العين وضمها) .

وأصل العق في اللغة القطع ، وسميت العقيقة بذلك ، لأنه يقطع حلقها ، ويقال للشَّعْر الذي يخرج على رأس المولود في بطن أمه عقيقة ، وجعل الزمخشري الشعر أصلاً في ذلك والذبيحة منه . انظر (المجموع ٣٢١/٨) و (عون المعبود ٣٤/٨) وقال أبو عبيد : الأصل في العقيقة الشعر على المولود ، وجمعها عقائق ، ومنه قوله الشاعر :

أيا هِنْدُ لا تنكحي بُوهَةً ... عليه عقيقتُهُ أحسبا

ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم في تسمية الشيء باسم سببه ، أو ما جاوره ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية ، وصارت العقيقة مغمورة فيه ، فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة .

وقال ابن عبد البر : أنكر أحمد هذا التفسير ، وقال : إنما العقيقة الذبح نفسه ، وقيل الطعام نفسه . انظر (المغني ٤٤٤/٨) لابن قدامة .

الحكمة من مشروعيتها :

إن الله تعالى المنعم المتفضل على عباده له كثير من النعم التي لا تعد ، ولا تحصى في كل وقت ، وحين ، ومن جملة النعم ، وأسماها وأعظمها أن يرزق الله الإنسان مولوداً تحصل به الفرحة ويكمل به السرور بوجود طفل يكون زينة الحياة الدنيا يلعب ، ويضحك ، ويمرح ، ويفرح ، فيدخل السرور على قلوب أهله ، وذويه ، وقد يكون له شأن كبير في المجتمع . فشكراً للمنعم المتفضل بهذه النعمة ، واعترافاً له سبحانه بالفضل ، والمنة ، كان الأحرى والأجدر بولي أمر الطفل أن يقرب قرباناً لله تعالى بهذه المناسبة السعيدة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إدخال السرور على قلوب الفقراء ، والمساكين ، والجيران ، والأصدقاء ، وأهل البيت . وهكذا يظهر بوضوح سر حكمة الشرع العظيم فيما شرع لهذه الأمة الكريمة من فرائض ، وقوانين ، وسنن .

فأما حكمها : فذهبت طائفة منهم الظاهرية إلى أنها واجبة ، وذهب الجمهور إلى أنها سنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنها ليست فرضاً ولا سنة ، وقد قيل إن تحصيل مذهبه أنها عنده تطوع [١] . وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب ، وذلك أن ظاهر حديث سَمُرَة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام : « كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الأذى » [٢] يقتضي الوجوب ، وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال : « لا أحب العقوق ومن وُلِدَ له وَلَدٌ فأحبَّ أن ينسك عن ولده فليفعل » [٣] يقتضي الندب أو الإباحة ، فمن فهم منه الندب قال : العقيقة سنة ، ومن فهم الإباحة قال : ليست بسنة ولا فرض ، وخرَّج الحديثين أبو داود . ومن أخذ بحديث سمرة أوجبها .

---

(١) العقيقة سنة في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار ، ومنهم مالك ، والشافعي ، وأحمد أنها سنة ، وهو قول الجمهور .
ومذهب أبي حنيفة أنها ليست سنة ، ولا واجبة ، بل إنها من أمر الجاهلية . ومذهب الظاهرية أنها واجبة ، وبه قال الحسن . انظر (المغني ٦٤٤/٨) و(الإفصاح ص١٥٧) و(المحلى ٣١٢/٨) .

(٢) رواه أبو داود ، وأحمد ، والترمذي ، وصححه الحاكم ، ورواه مالك في الموطأ ، والبيهقي . قال النووي : هو حديث ضعيف . انظر (المجموع ٣٢٧/٨) قال الحافظ : وصححه الترمذي ، والحاكم ، وعبد الحق ، وفي رواية لهم : ويدمى . قال أبو داود : ويُسمَّى أصح ، و« يدمى » غلط من همام . قال الحافظ : يدل على أنه ضبطها أن في رواية بهز عنه ، ذكر الأمرين : التدمية ، والتسمية ، وفيه أنهم سألوا قتادة عن التدمية ، فذكرها لهم ، فكيف يكون تحريفاً من التسمية ؟
وأعل بعضهم الحديث بأنه من رواية الحسن عن سمرة ، وهو مدلس ، لكن روى البخاري في صحيحه من طريق الحسن أنه سمع حديث العقيقة من سمرة ، كأنه عنى هذا . انظر (التلخيص ١٤٦/٤) و(نيل الأوطار ١٥٤/٥) .
وراوي الحديث سمرة بن جندب بن هلال بن حَرِيج الفزاري أبو سعيد وقيل : أبو عبد الرحمن ، وقيل : أبو عبد الله ، وقيل : أبو سليمان ، وحَرِيج بحاء مفتوحة ، وراء مكسورة ، وجيم ، قيده ابن ماكولا . نزل البصرة ، وهو حليف الأنصار . له رواية كثيرة . (تجريد أسماء الصحابة) .

(٣) الحديث رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي . انظر (نيل الأوطار ١٥٢/٥) قال الشوكاني : =

وأما محلها فإن جمهور العلماء على أنه لا يجوز في العقيقة إلا ما يجوز في الضحايا من الأزواج الثمانية . وأما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا ، واختلف قوله هل يجزي فيها الإبل والبقر أو لا يجزي ؟ وسائر الفقهاء على أصلهم أن الإبل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم (١) .

وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس . أما الأثر فحديث ابن عباس « أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً » (٢) وقوله : « عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان » خرجهما أبو داود (٣) . وأما القياس فلأنها نسك ، فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياساً على الهدايا .

وأما من يعق عنه ، فإن جمهورهم على أنه يعق عن الذكر والأنثى الصغيرين فقط ، وشذ الحسن فقال : لا يعق عن الجارية ، وأجاز بعضهم أن يعق عن الكبير (٤) . ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام : « يوم سابعه » . ودليل من خالف ما روي عن أنس « أن النبي

= سكت عنه أبو داود . وقال المنذري : في إسناده عمرو بن شعيب ، وفيه مقال ، يعني في روايته عن أبيه عن جده .

(١) قد تقدم الكلام في ذلك في باب الأضحية .

(٢) رواه أبو داود ، والنسائي ، عن ابن عباس . صححه عبد الحق ، وابن دقيق العيد ، وأخرج نحوه ابن حبان ، والحاكم ، والبيهقي من حديث عائشة بزيادة « يوم السابع » انظر (التلخيص ١٤٧/٤) ورجح ابو حاتم إرساله . انظر (سبل السلام ٩٧/٤) مع بلوغ المرام .

(٣) رواه الترمذي ، وصححه ، وابن ماجة ، وابن حبان ، والبيهقي عن عائشة انظر (التلخيص ١٤٦/٤)

(٤) عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة : هو قول أكثر أهل العلم وبه قال ابن عباس ، وعائشة ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور . وكان ابن عمر يقول : شاة شاة عن الغلام ، والجارية وكان الحسن ، وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة . انظر (المغني ٦٤٥/٨) وقال الظاهرية : بل يعق عن الكبير أيضاً ، فهي فرض في الذمة إلى أن يستطيع . انظر (المحلى ٥٢٣/٧) .

عليه الصلاة والسلام عق عن نفسه بعد ما بعث بالنبوة »[١] ودليلهم أيضاً على تعلقها بالأنثى قوله عليه الصلاة والسلام « عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان »[٢] . ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام « كل غلام مرتهن بعقيقته » .

وأما العدد فإن الفقهاء اختلفوا أيضاً في ذلك ، فقال مالك : يعق عن الذكر والأنثى بشاة شاة ، وقال الشافعي وأبو ثور وأبو داود وأحمد : يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان[٣] . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب . فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو داود قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول في العقيقة « عن الغلام شاتان مكافأتان ، وعن الجارية شاة »[٤] والمكافأتان : المتماثلتان .

وهذا يقتضي الفرق في ذلك بين الذكر والأنثى ، وما روي « أنه عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً »[٥] يقتضي الاستواء بينهما .

وأما وقت هذا النسك فإن جمهور العلماء على أنه يوم سابع المولود ، ومالك

---

(١) قال النووي : هذا حديث باطل ، وقال البيهقي : منكر ، لأن فيه عبد الله بن محرر . وهو ضعيف متفق على ضعفه . انظر (المجموع ٣٣٠/٨) .

(٢) رواه أحمد ، وابن ماجة . انظر (نيل الأوطار ١٤٩/٥) .

(٣) انظر (المغني ٦٤٥/٨) و (المجموع ٣٣٠/٨) وانظر (الكافي ٣٦٨/١) قال ابن عبد البر : ولو عق عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية بشاة كان حسناً في مذهب مالك .

(٤) رواه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة ، وابن حبان . انظر (عون المعبود ٣٤/٨)
قال الخطابي : المراد بالتكافؤ في السن ، فلا تكون إحداهما مسنة ، والأخرى غير مسنة ، بل يكونان مما يجزئ بها الأضحية .
وقيل : معناه أن يذبح إحداهما مقابلة للأخرى . ذكره في السبل . وقال زيد بن أسلم : متشابهتان ، تذبحان جميعاً ، أي لا يؤخر ذبح إحداهما عن الأخرى. وقال الزمخشري : متعادلتان ، كما يجري في الزكاة ، والأضحية . انظر (عون المعبود ٣٤/٨) .

(٥) تقدم تخريج الحديث .

لا يعد في الأسبوع اليوم الذي ولد فيه إن ولد نهاراً ، وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به . وقال ابن القاسم في « العتبية » : إن عق ليلاً لم يجزه . واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الإجزاء ، فقيل وقت الضحايا : أعني ضُحىً ، وقيل بعد الفجر قياساً على قول مالك في الهدايا ، ولاشك أن من أجاز الضحايا ليلاً أجاز هذه ليلاً ، وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث [١] .

وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة ، أعني أنه يتقى فيها من العيوب ما يتقى في الضحايا ، ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ولا خارجاً منه .

وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الأكل والصدقة ومنع البيع ، وجميع العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ في الإسلام [٢] . وذلك لحديث بُرَيْدة الأسلمي قال : « كنا في

---

(١) اتفق الجمهور ، ومنهم الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد أن الأفضل أن تذبح في اليوم السابع ، فإن ذبحها بعد الولادة ، أو قبل اليوم السابع ، أجزأه ، إلا أن مالكاً لا يعد اليوم الذي ولد فيه المولود . وهو قول للشافعية .

وعند الشافعي ، وأحمد لا فرق بين الذبح ليلاً ، أو نهاراً . وقال مالك : لا تجوز ليلاً قياساً على الضحايا ، والهدايا .

واتفقوا على أنه لو ذبحها قبل ميلاد المولود أنها لا تجزىء . واختلفوا فيما إذا أخرها عن اليوم السابع ، فعند الشافعية : أنها لا تفوت ، بل هي ممتدة إلى ما قبل البلوغ . قال الرافعي : فإن أخرها حتى بلغ ، فات وقتها ، وهو مذهب أحمد . فلو مات المولود بعد اليوم السابع ، وبعد التمكن من الذبح فقولان للشافعي : أصحهما أنه يستحب أن يعق عنه . انظر (المجموع ٨/٤٤٩) و (المغني ٨/٦٤٦) و (الكافي ١/٣٦٨) في مذهب مالك . وعند مالك لا عقيقة بعد اليوم السابع .

(٢) انظر (المغني ٨/٦٤٧) وحكي عن الحسن ، وقتادة استحسان ذلك وقول الجمهور أولى ، وأقوى من وجوه :

أ ـ قال بريدة : كنا في الجاهلية . إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ، ويلطخ رأسه بدمها ، فلما جاء =

الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح لـه شاة ولطخ رأسه بدمها ، فلما جاء الإسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران » وشذ الحسن وقتادة فقالا : يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم ، واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل .

واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع ، والصدقة بوزن شعره فضة ، فقيل هو مستحب ، وقيل هو غير مستحب ، والقولان عن مالك ، والاستحباب أجود [١] ، وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ « أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم . وتصدقت بزنة ذلك فضة » [٢] .

= الإسلام كنا نذبح شاة ، ونحلق رأسه ، ونلطخه بزعفران .
ب ـ وأما رواية : « ويدمى » فقال أبو داود « ويسمى » أصح ، وهو وهم من همام ، فقال : « يدمى » .
جـ ـ إن الدم نجس ، وقد أمرنا باجتنابه ، فكيف يصح أن نلطخ به رأس طفل صغير ؟
د ـ إن النبي ﷺ أمر بإماطة الأذى عن الطفل يوم سابعه ، فكيف يصح أن يلطخ بأذى ؟
انظر (المغني ٦٤٨/٨) و (عون المعبود ٣٨/٨) و (شرح ابن القيم لأبي داود ٣٩/٨) وانظر (معالم السنن ٢٨٧/٤) .
والأفضل عن الشافعية طبخ اللحم ، ثم تفريقه على الفقراء ، والمساكين ، وهو مذهب أحمد ، فإن طبخها ، ودعا إليها الناس ، فلا مانع . أما عن النية ، فهي شرط باتفاق . فإن لم ينو ، أعاد العقيقة . وأما التسمية ، فقد مر الخلاف فيها .
ويستحب أن يقول الذابح عند الذبح « اللهم لك ، وإليك عقيقة فلان » للحديث الذي روته عائشة رضي الله عنها من أن النبي ﷺ « عق عن الحسن ، والحسين ، وقال : بسم الله والله أكبر اللهم لك هذه عقيقة فلان » رواه البيهقي بإسناد حسن . انظر (نيل الأوطار ١٥١/٥) و (المغني ٦٤١/٨) .

(١) انظر (المغني ٦٤٧/٨) وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٠٢) لمذهب مالك .

(٢) رواه مالك . انظر (الموطأ ٥٠١/٢) ورواه أحمد بلفظ آخر انظر (المغني ٦٤٧/٨) قال لها رسول الله ﷺ « احلقي رأسه ، وتصدقي بزنة شعره فضة على المساكين ، والأوفاض » يعني أهل الصُّفَّة ، ورواه سعيد في سننه .
انظر في ذلك كله كتابنا « الذبائح في الشريعة الإسلامية » والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب الأطعمة والأشربة

والكلام في أصول هذا الكتاب تتعلق بجملتين :

الجملة الأولى : نذكر فيها المحرمات في حالة الاختيار .

الجملة الثانية : نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار .

الجملة الأولى

والأغذية الإنسانية : نبات وحيوان . فأما الحيوان الذي يُغْتذى به ، فمنه حلال في الشرع ، ومنه حرام ، وهذا منه بَرّيٌّ ومنه بحريَ . والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ، ومنها ما تكون لسبب وارد عليها . وكل هذا منها ما اتفقوا عليه ، ومنها ما اختلفوا فيه .

فأما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة : الميتة ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أَكَلَ السَّبعُ ، وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله ، والجَلاّلة ، والطعام الحلال يخالطه نجس .

فأما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر ، واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال : فقال قوم : هي حلال بإطلاق ، وقال قوم : هي حرام بإطلاق ، وقال قوم : ما طفا من السمك حرام ، وما جَزَرَ عنه البحر فهو حلال [١] ، وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ، ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ، ومعارضة بعصها لبعض معارضة جزئية . فأما العموم فهو قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ

---

(١) الجمهور ، ومنهم الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد ، أن ما مات في البحر حلال لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « هو الطهور ماؤه الحِلُّ ميتته » رواه مالك ، وأصحاب السنن . والطافي منه ، وغير الطافي في ذلك سواء .

وقال الحنفية : والهادوية : إن الطافي من السمك لا يؤكل . وفَصَّل في الدر المختار ، فقال : الطافي على وجه الماء الذي مات حتف أنفه وهو ما كان بطنه من أعلى ، فلو كان ظهره من أعلى ، وبطنه من أسفل ، فليس بطاف ، فيؤكل ، واحتجوا بقول رسول الله ﷺ « ما ألقى البحر ، أو جزر عنه ، فكلوه ، وما مات فيه ، وطفا ، فلا تأكلوه » انظر (حاشية ابن عابدين ٣٠٧/٦) أما ما انحسر عنه البحر ، فمات ، وما ألقى به البحر إلى اليابس فلا خلاف في حله .

عَلَيْكُمُ المَيتةُ ﴾ (١) . وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه ، والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر ، وفيه « أن أصحاب رسول الله ﷺ وجدوا حوتاً يسمى العنبر ، أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوماً أو شهراً ، ثم قدموا على رسول الله ﷺ فأخبروه فقال : هل معكم من لحمه شيء ؟ فأرسلوا منه إلى رسول الله ﷺ فأكله » (٢) وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه .

وأما الحديث الثاني المختلف فيه ، فما رواه مالك عن أبي هريرة « أنه سئل عن ماء البحر فقال : هو الطهور ماؤه الحل ميتته » (٣) . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى إسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « ما ألقى البحر أو جَزَرَ عنه فكلوه ، وما طفا فلا تأكلوه » (٤) وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك . وسبب ضعف حديث مالك أن في رواته من لا يُعْرف ، وأنه ورد من طريق واحد ، قال أبو عمر بن عبد البر : بل رواته معروفون وقد ورد من طرق .

(١) المائدة آية ٣ .

(٢) الحديث متفق عليه . انظر (مسلم بشرح النووي ٨٧/١٣)

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث .

(٤) قال الشوكاني : أخرجه أبو داود مرفوعاً من رواية يحي بن سليم الطائي عن أبي الزبير عن جابر ، وقد أسند من وجه آخر عن ابن أبي ذئب عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً . وقال الترمذي : سألت البخاري عنه ، فقال : ليس بمحفوظ ، وروي عن جابر خلافه ، ويحي بن سليم صدوق سيء الحفظ ، وقال النسائي : ليس بالقوي . وقال يعقوب : إذا حَدَّثَ من كتابه ، فحديثه حسن ، وإذا حدث حفظاً ، ففي حديثه ما يعرف ، وينكر ، وقال أبو حاتم : لم يكن بالحافظ ، وقال ابن حبان في الثقات : كان يخطىء ، وقد توبع على رفعه . أخرجه الدارقطني من رواية أبي أحمد الزبيري عن الثوري مرفوعاً ، لكن قال : خالفه وكيع ، وغيره فوقفوه على الثوري ، وهو الصواب وروي عن ابن أبي ذئب ، وإسماعيل بن أمية مرفوعاً ولا يصح ، والصحيح موقوف . قال الحافظ : وإذا لم يصح إلا موقوفاً فقد عارضه قول أبي بكر ، وغيره . قال المنذري : وقد أسند هذا الحديث من وجه ضعيف . انظر (نيل الأوطار ١٦٨/٨)

وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر ، فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك إلا ما جزر عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض ، ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالإباحة مطلقاً .

وأما من قال بالمنع مطلقاً فصيراً إلى ترجيح عموم الكتاب ، وبالإباحة مطلقاً قال مالك والشافعي . وبالمنع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة ، وأما الجلّالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلفوا في أكلها [(١)] . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فما روي « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة وألبانها » خرجه أبو داود عن ابن عمر [(٢)] .

وأما القياس المعارض لهذا ، فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه ، فإذا قلنا إن لحم الحيوان حلال ، وجب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب إليه ، وهو اللحم كما لو انقلب تراباً ، أو كانقلاب الدم لحماً ، والشافعي يحرم الجلالة [(٣)] ، ومالك يكرهها .

---

(١) الجمهور ، ومنهم الأئمة الثلاثة : أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد أنها تكره دون حبس ، واستحبوا الحبس ، فروي عن أحمد أن الطير يحبس ثلاثة أيام ، وكذلك الإبل ، والبقر ، والغنم ، وقيل : تحبس أربعين يوماً ، وأباحها مالك دون حبس . انظر (كفاية الأخيار ٢٣٢) و (المغني ٥٩٣/٨) و (بدائع الصنائع ٢٧٦٣/٦) .

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي عن ابن عمر . انظر (نيل الأوطار) .

(٣) قد بينا مذهب الشافعي في الجلالة : قال النووي : إذا تغير لحمها كُرِهَتْ كَراهَة تَنزيهٍ على الأصح ، ولا تحرم ، وسواء لحمها ، ولبنها ، وبيضها ، وبه قال الحسن البصري ، ومالك ، وداود ، ورواية عن أحمد ، والرواية الثالثة أنها تحرم . انظر (المجموع ٩/ ٢٤) و (المغني ٨/ ٥٩٣) . قال ابن قدامة : وتزول الكراهة بحبسها اتفاقاً .

وأما النجاسة تخالط الحلال فالأصل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وميمونة « أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفأرة تقع في السمن فقال : « إن كان جامداً فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقي وإن كان ذائباً فأريقوه أو لا تقربوه » [١] .

وللعلماء في النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان : **أحدهما** : من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قِبَلِ النجاسة التي خالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور . **والثاني** : مذهب من يعتبر في ذلك التغير ، وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك [٢] .

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود بإسناد صحيح عن أبي هريرة ولم يضعفه . وذكره الترمذي بإسناد أبي داود ، ثم قال : وهذا حديث غير محفوظ . قال سمعت البخاري يقول : هو خطأ ، وهو بلفظ « إذا وقعت الفأرة في السمن فإن كان جامداً ، فألقوها ، وما حولها ، وإن كان مائعاً ، فلا تقربوه » . ورواه البخاري عن ابن عباس عن ميمونة « أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت في سمن ، فماتت ، فقال النبي ﷺ خذوها ، وما حولها ، وكلوا سمنكم » وفي رواية « ألقوها وما حولها وكلوه » . قال الترمذي : قال البخاري : والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونة . وذكره البيهقي من رواية أبي داود ، ولم يضعفه ، فهو ، وأبو داود متفقان على السكوت عليه مع صحة إسناده . قال الخطابي : وروي في بعض الأخبار (وإن كان مائعاً ، فأريقوه) . والسمن . والزجاج فيهما ثلاث لغات : فتح السين ، والزاي ، وضمها ، وكسرها ، والفصيح فتح السين ، وضم الزاي . انظر (المجموع ٢٩/٩) .

(٢) ظاهر مذهب أحمد أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء نجسته وإن كثر ، وعنه رواية أنه لا ينجس إذا كثر ، ورواية ثالثة ما أصله الماء كالخل التمري يدفع عن نفسه النجاسة إذا كثر ، وما ليس أصله الماء لا يدفعه عن نفسه . انظر (المغني ٦٠٩/٨) .
ومذهب الشافعي إذا وقعت فأرة ميتة ، أو غيرها من النجاسات في سمن ، أو زيت ، أو دبس ، أو عجين ، أو طبيخ ، أو غير ذلك فحكمه حكم ما في الحديث : إن كان مائعاً نجسته ، وإن كان جامداً ، ألقيت النجاسة ، وما حولها . وبقي الباقي طاهراً انظر (المجموع ٣١/٩) .
ومذهب الظاهرية : السمن الذائب يقع فيه الفأر ، مات فيه ، أو لم يمت ، فهو حرام ، لا يحل إمساكه أصلاً ، بل يهراق ، فإن كان جامداً أخذ ما حوله ، فرمي ، وكان الباقي حلالاً كما كان . =

وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم الحديث ، وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص ، وهم أهل الظاهر فقالوا : هذا الحديث يُمَرُّ على ظاهره ، وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة أو لا تغيرها بها ، ومنهم من جعله من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا : المفهوم منه أن بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال ، إلا أنه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائباً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وإن كانت في إحدى الحالتين أكثر : أعني في حالة الذوبان ، ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة ، فلما لم يفرقوا بينهما فكأنهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ، ومن بعضه على القياس عليه ، ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره .

وأما المحرمات لعينها ، فمنها ما اتفقوا عليه ، ومنها ما اختلفوا فيه . فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين : لحم الخنزير ، والدم . فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده ، واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغاً وغير مدبوغ ، وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى ، واختلفوا في غير المسفوح منه .

وكذلك اختلفوا في دم الحوت ، فمنهم من رآه نجساً ، ومنهم من لم يره نجساً ، والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجاً عنه [١] .

= وأما كل ما عدا السمن يقع فيه الفأر ، أو غير الفأر ، فيموت ، أو لا يموت ، فهو حلال ما لم يتغير لونه ، أو طعمه ، أو ريحه ، فإن ظهر فيه الحرام ، فهو حرام . انظر (المحلى ٨/١٥٠) .

فهم عجيب ، وغريب ، لا أدري ما الفرق بين السمن ، وغيره من المائعات ؟

والصواب : أنه إذا وقع في مائع ، يهراق ذلك المائع لقذارة الفأر ، وخطرها على الصحة ، والله أعلم .

(١) دم الحوت عند الشافعية وجهان : أصحها أنه نجس ، وهو مذهب مالك ، وأحمد ، وداود . وقال أبو حنيفة : هو طاهر .

=

وسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الإطلاق للتقييد ، وذلك أن قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُم المَيْتَةُ والدَّمُ ﴾[1] يقتضي تحريم مسفوح الدم وغيره ، وقوله تعالى : ﴿ أو دَمًا مَسْفُوحاً ﴾[2] يقتضي بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط ، فمن رد المطلق إلى المقيد اشترط في التحريم السفح ، ومن رأى أنَّ الإطلاق يقتضي حكماً زائداً على التقييد ، وأن معارضة المقيد للمطلق إنما هو من باب دليل الخطاب ، والمطلق عام ، والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد ، وقال : يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حرمية الدم إنما هو دم الحيوان المذكى ، أعني أنه الذي يسيل عند التذكية من الحيوانِ الحلالِ الأكلِ .

وأما أكل دم يسيل من الحيوان الحيّ فقليله وكثيره حرام ، وكذلك الدم من الحيوان المحرم الأكل ، وإن ذكي فقليله وكثيره حرام ، ولا خلاف في هذا . وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس .

أما العموم فقوله تعالى : ﴿ والدَّمُ ﴾ وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً في التحريم لميتة الحيوان ، أعني أن ما حرم ميتته حرم دمه ، وما حل ميتته حل دمه ، ولذلك رأى مالك أن ما لا دم له فليس بميتة . قال القاضي : وقد تكلمنا في هذه المسألة في كتاب الطهارة ، ويذكر الفقهاء

= قال القرطبي : وفي دم الحوت المزايل له اختلاف ، روي عن القابسي أنه طاهر ، وهو اختيار ابن العربي . قال : وهو مذهب أبي حنيفة في دم الحوت ، سمعت بعض الحنفية يقول : الدليل على أنه طاهر أنه إذا يبس ابيض بخلاف سائر الدماء ، فإنه يسود ، وهذه النكتة لهم في الاحتجاج على الشافعية .

وقد احتج الحنفية أيضاً بقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ، ودمان : السمك ، والجراد » فقد أباح السمك بما فيه من الدم دون إراقة له ، فوجب تخصيص الآية . انظر (المجموع ٥٤١/٢) و (بدائع الصنائع ٢١٦/١) و (تفسير القرطبي ٢٢٢/٢) والحق مع الحنفية في هذه . والله أعلم .

(١) المائدة : ٣ .   (٢) الأنعام : ١٤٥

في هذا حديثاً مخصصاً لعموم الدم قوله عليه الصلاة والسلام : « أحلت لنا ميتتان ودمان » وهذ الحديث في غالب ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث .

وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة : **أحدها** : لحوم السباع من الطير ومن ذوات الأربع **والثاني** : ذوات الحافر الإنسية **والثالث** : لحوم الحيوان المأمور بقتله في الحرم **والرابع** : لحم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع . وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهي عن قتله قال : كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

فأما المسألة الأولى : وهي السباع ذوات الأربع ، فروى ابن القاسم عن مالك أنها مكروهة ، وعلى هذا القول عوّل جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم ، وذكر مالك في الموطأ ما دليله أنها عنده محرمة ، وذلك أنه قال ـ بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « أكل كل ذي ناب من السباع حرام » ـ وعلى ذلك الأمر عندنا ، وإلى تحريمها ذهب الشافعي وأشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة ، إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة : كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع ؛ واليربوع عنده من السباع ، وكذلك السنور ، وقال الشافعي : يؤكل الضبع والثعلب ، وإنما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والنمر والذئب ، وكلا القولين في المذهب ، وجمهورهم على أن القِرْد لا يؤكل ولا ينتفع به ، وعند الشافعي أيضاً أن الكلب حرام لا ينتفع به ، لأنه فَهِمَ من النهي عن سؤره نجاسة عينه [1] .

---

(١) قال أبو حنيفة : كل ما أكل اللحم ، فهو سبع حتى الفيل ، والضبع ، واليربوع ، والسنور ، والأسد ، والنمر ، والذئب ، وابن آوى ، والثعلب .

وقال الشافعي : يحرم من السباع ما يعدو على الناس كالأسد ، والنمر ، والذئب ، أما الضبع ، =

وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب للآثار ، وذلك أن ظاهر قوله : ﴿ **قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ** ﴾ [١] الآية ، أن ما عدا المذكور في هذه الآية حلال ، وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع » أن السباع محرمة . هكذا رواه البخاري ومسلم [٢] .

وأما مالك فمارواه في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو أبين في المعارضة وهو أن رسول الله ﷺ قال : « أكل كل ذي نابٍ من السِّباع حرام » [٣] وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بأن يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ وأن القرآن يُنْسخ بالسنة المتواترة .

فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية . ومن رأى أن حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية

= والثعلب فيحلان ، لأنها لا يعدوان . ووافقه أحمد في حل الضبع إلا الثعلب فإن له روايتان .
وعلى كُلٍّ فقد اتفق الأئمة الثلاثة ، ومعهم الجمهور على أن ذا الناب الذي يحرم أكله ينطبق على الأسد ، والنمر ، والفهد ، والذئب ، والدب ، والقرد ، وابن آوى ، والسنور ، والنسناس .
وقال مالك : لا يحرم أكل ذي الناب ، ولكن يكره . انظر (مسلم بشرح النووي ٨٣/١٣) و(نيل الأوطار ١٣١/٦) .

(١) الأنعام آية ١٤٥ .

(٢) لفظ البخاري عن أبي ثعلبة « نهى عن أكل ذي ناب من السباع » انظر (البخاري مع القسطلاني ٢٨٩/٨) وكذلك رواه مسلم بهذا اللفظ انظر (مسلم بشرح النووي بهامش إرشاد الساري ١٤٢/٨) ورواه الجماعة إلا البخاري . وأبا داود بلفظ « كل ذي ناب من السباع ، فأكله حرام » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣١/٨) ورواه مالك بلفظ « أكل كل ذي ناب من السباع حرام » عن أبي ثعلبة .

(٣) انظر (الموطأ ٤٩٦/٢) قال مالك : وهو الأمر عندنا .

حَرَّم لحوم السباع ، ومن اعتقد أن الضبع والثعلب محرمان فاستدلالاً بعموم لفظ السباع ، ومن خصص من ذلك العادِيَةَ فمصيراً لما روى عبد الرحمن بن عمار قال : سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها ؟ قال : نعم ، قلت : أصيد هي ؟ قال : نعم ، قلت : فأنت سمعت ذلك من رسول الله ﷺ ؟ قال : نعم [١] . وهذا الحديث وإن كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند

---

(١) رواه الخمسة ، وصححه الترمذي ، انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣٧/٨) و (ابن ماجة ١٠٧٨/٢) وأخرجه أيضاً البيهقي ، والشافعي ، وصححه البخاري ، وابن حبان ، وابن خزيمة ، والبيهقي ، وأعله ابن عبد البر بعبد الرحمن المذكور . قال الشوكاني : وهو وهم ، فإنه وثقه أبو زرعة ، والنسائي ، ولم يتكلم فيه أحد ، ثم إنه لم ينفرد به أحد . (المصدر السابق) وانظر (نصب الراية ١٩٤/٤) .

قال الزيلعي : واعلم أن أبا داود رواه بسند السنن . ولم يذكر فيه الأكل ، ولفظه قال : سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال : « هو صيد ، ويجعل فيه كبش ، إذا صاده المحرم » . انتهى . أخرجه في « الأطعمة » .

ووهم صاحب التنقيح إذ عزاه باللفظ الأول للسنن الأربعة ، ولكن أخذوا من هذا اللفظ إباحة أكله ، زاعمين أن الصيد اسم للمأكول . ومنشأ الخلاف في قوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تَقْتُلوا الصيد وأنتم حُرُم ﴾ فعند الشافعي لو قتل السبع ، أو نحوه مما لا يؤكل ، لا يجب عليه شيء ، وعندنا يجب عليه الجزاء ، لأن الصيد اسم للممتنع المتوحش في أصل الخلقة ، قالوا : لو كان هذا مراداً لخلا عن الفائدة ، إذ كل أحد يعرف أن الضبع ممتنعة متوحشة في أصل الخلقة ، وإنما سأل جابر عن أكلها سيما ، وقد ورد التصريح بأكلها ، قلنا : هذا ينعكس عليهم ، لأنه لما سأله أصيد هي ؛ قال له : نعم ، ثم سأله آكلها ؟ قال : نعم ، فلو كان الصيد هو المأكول ، لم يعد السؤال .

واستدل الإمام فخر الدين في « تفسيره » على أن الصيد اسم للمأكول بقوله تعالى ﴿ أُحِلَّ لكم صَيْدُ البَحْرِ وطَعَامُه متاعاً لكم وللسَّيّارة وحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ البَرِّ ما دُمْتُمْ حُرُماً ﴾ قال : فهذا يقتضي حل صيد البحر دائماً ، وحل صيد البر في غير وقت الإحرام ، وفي البحر ما لا يؤكل كالتمساح ، وفي البر ما لا يؤكل كالسباع ، قال : فثبت أن الصيد اسم للمأكول . انتهى (نصب الراية ١٩٤/٤ـ) .

والجمهور حرموا الضبع ومنهم أبو حنيفة ، وأباح أكله الشافعي وأحمد .

وقد احتج من حرمه :

أولاً : إنه ذو ناب من السباع ، وقد جاء حرمة ذلك عامة في السباع .

=

جماعة أئمة الحديث ، ولما ثبت من إقراره عليه الصلاة والسلام على أكل الضب بين يديه [١] .

= **ثانياً :** الحديث الذي رواه خزيمة بن جزء قال : سألت رسول الله ﷺ عن الضبع ، فقال : أو يأكل الضبع أحد ؟ رواه الترمذي ، وفيه عبد الكريم بن أبي أمية ، وهو ضعيف وكذا الراوي عنه إسماعيل بن مسلم ، فهو ضعيف . انظر (الروض النضير ٢٠٠/٣)

ثالثاً : أجابوا عن حديث عبد الرحمن المتقدم بأنه انفرد به ، وليس مشهوراً بنقل العلم ، ولا ممن يحتج به ، إذا خالفه من هو أثبت منه .

قال أبو عمر : وقد روي النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع من طرق متواترة ، وروى ذلك جماعة من الأئمة الثقات الأثبات ، ومحال أن يعارضوا بمثل حديث ابن أبي عمارة (القرطبي ١٢١/٧) .

وقال ابن العربي : لم يثبت سنده .

وقالوا : لو سلمنا بصحة حديث عبد الرحمن ، فإنه اجتمع مبيح وحاظر ، فيجب أن تقدم الحظر احتياطاً .

والحق أن قول الجمهور قوي من وجوه :

أولاً : إن الله تعالى قال في كتابه الكريم ﴿ **وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ** ﴾ وقد ثبت أنه يأكل الخبائث ، وما دام يتغذى على الخبائث فهو خبيث .

ثانياً : إنه ذو ناب ، وقد جاء تحريم ذي الناب مطلقاً .

ثالثاً : لما عرف عنه من أنه مولع بنبش القبور للعثور على لحوم بني آدم من الأموات ، وسرقة الأطفال وناهيك به من تعليل .

وقد علل الشافعي رحمه الله أن السباع إنما حرمت لأنها تعدو على الناس أحياء ، فما بالك بالذي يعدو عليهم ، وهم أموات ، فهو من باب أولى . انظر كتابنا « الذبائح في الشريعة الإسلامية » .

(١) رواه الجماعة إلا الترمذي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣٣/٨) وهو الحديث المشهور عن ابن عباس رضي الله عنهما عن خالد بن الوليد رضي الله عنه « أنه أخبره أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة ، وهي خالته ، وخالة ابن عباس فوجد ضبًّا محنوذاً (مشويًّا) قدمت به أختها حفيدة بنت الحارث من نجد ، فقدَّمت الضب لرسول الله ﷺ ، فأهوى بيده إلى الضب ، فقالت امرأة من النسوة الحضور أخبرن رسول الله ﷺ بما قدمتن له ، قلن الضب يارسول الله ، فرفع رسول الله ﷺ يده ، فقال خالد بن الوليد : أحرام الضب يارسول الله ؟ قال : لا ، ولكن لم يكن بأرض قومي ، فأجدني أعافه . قال خالد : فاجتررته ، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر ، فلم ينه .

=

وأما سباع الطير ، فالجمهور على أنها حلال لمكان الآية المتكررة ، وحرّمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير » إلا أن هذا الحديث لم يخرجه الشيخان ، وإنما ذكره أبو داود [1] .

* * *

وأما المسألة الثانية : وهي اختلافهم في ذوات الحافر الإنسي : أعني الخيل والبغال والحمير ، فإن جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الإنسية ، إلا ما روي عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها ، وعن مالك أنه كان يكرهها ، رواية ثانية مثل قول الجمهور ، وكذلك الجمهور على تحريم البغال ، وقوم كرهوها ولم يحرموها ، وهو مروي عن مالك وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أنها محرمة ، وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة إلى إباحتها .

والسبب في اختلافهم في الحمر الإنسية معارضة الآية المذكورة للأحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال : « نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر

= وأما من كرهه ، فقد احتج بالحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها « أنه أهدي للنبي ﷺ ضب . فلم يأكله ، فقام عليهم سائل فأرادت عائشة رضي الله عنها أن تعطيه ، فقال : أتعطينه ما لا تأكلين » رواه الطحاوي . انظر (نيل الأطار١٣٦/٨) .

قال الشوكاني نقلاً عن ابن حجر : « إن الكراهة للتنزيه في حق من يستقذره ، وتحمل أحاديث الإباحة على من لا يتقذره . ولا يخفى أن الضب يتغذى على الأعشاب » .

(١) ليس كما ذكر المؤلف من أن الجمهور على حِلّ سباع الطير ، بل الجمهور على تحريمها . انظر (نيل الأوطار ١٣٢/٨) وانظر (المغني ٥٩٨/٨) قال ابن قدامة : هذا قول أكثر أهل العلم ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . وقال مالك ، والليث ، والأوزاعي ، ويحي بن سعيد ، لا يحرم من الطير شيء . وانظر (فتح الباري ٥٤٠/٩) وقول المؤلف لم يروه الشيخان ، فإنه ليس كما ذكر ، بل إن مسلماً رواه بهذا اللفظ . انظر (مسلم بهامش إرشاد الساري مع شرح النووي ١٤٣/٨) فالحديث رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) قال النووي : في هذه الأحاديث دلالة لمذهب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وداود ، والجمهور . (المصدر السابق)

عن لحوم الحُمُرِ الأهلية وأَذِنَ في لحوم الخيل »(١) فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ، ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر أو قال بالزيادة دون أن يوجب عنده نسخاً ، وقد احتج من لم ير تحريمها بما روي عن أبي إسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال « أصبنا حُمُراً مع رسول الله ﷺ بخيبر وطبخناها ، فنادى منادي رسولِ الله ﷺ أن أكفئوا القدور بما فيها »(٢) . قال ابن إسحق : فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال : إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة .

وأما اختلافهم في البغال ، فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ **والخَيْلَ والبِغالَ والحَميرَ لِتَرْكَبُوها وَزِينةً** ﴾(٣) وقوله مع ذلك في الأنعام ﴿ **لِتَرْكَبُوا مِنْها ومِنْها تأْكلون** ﴾(٤) للآية الحاصرة للمحرمات ، لأنه يدل مفهوم الخطاب فيها أن المباح في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل أيضاً على الحمار . وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ، ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له ، لكن إباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب(٥) .

* * *

(١) الحديث متفق عليه . انظر (مسلم بشرح النووي ٩٤/١٣) و (المغني ٥٨٧/٨) .

(٢) الحديث متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٢٩/٨) قال الشوكاني نقلاً عن النووي : قال بتحريم الحمر الأهلية أكثر العلماء من الصحابة ، فمن بعدهم ، ولم نجد عن أحد من الصحابة في ذلك خلافاً إلا عن ابن عباس ، وعن مالك ثلاث روايات : ثالثها الكراهة . انظر (نيل الأوطار ١٣٠/٨)

(٣) النحل آية ٨ .

(٤) غافر آية ٧٩ .

(٥) اتفق الجمهور على حرمة البغال لأنها متولدة من الحمير . انظر (المغني ٥٨٧/٨) أما الخيل فالجمهور ، ومنهم الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد صاحبا أبي حنيفة أنها مباحة =

وأما المسألة الثالثة : وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها : « الغرابُ والحِدَأةُ والعَقْرَبُ والفَأْرَة والكَلْبُ العَقُور » (١) فإن قوماً فهموا من الأمر بالقتل لها مع النهي عن قتل البهائم المباحة الأكل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة ، وهو مذهب الشافعي (٢) ، وقوماً فهموا من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجمهور أصحابها (٣) . وأما الجنس الرابع ، وهو الذي تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفاة وما في معناها ، فإن الشافعي حرمها ، وأباحها الغير ، ومنهم من كرهها فقط (٤) ، وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى : ﴿ **وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ**

= الأكل لحديث جابر « نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية ، وأذن في لحوم الخيل » متفق عليه . انظر (مسلم بشرح النووي ٩٥/١٣) و (نيل الأوطار ١٢٧/٨) وكرهها أبو حنيفة ، وبعض المالكية ، وحكي عنهم التحريم .

ومن قال بإباحتها : الحسن البصري ، وإبراهيم النخعي ، وحماد ، وإسحق ، وجاء في حديث أسماء المتفق عليه كذلك قالت : « نحرنا على عهد رسول الله ﷺ فرساً ، فأكلناه ، ونحن بالمدينة » .

(١) تقدم تخريج الحديث . وهو حديث متفق عليه عن عائشة . (المجموع ١٣/٩) .

(٢) انظر (المجموع ١٣/٩) وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد ، وداود . وقال مالك : حلال . انظر (المغني ٥٩٠/٨)

(٣) انظر (الكافي ٣٧٦/١) لمذهب مالك . ومن أهل المدينة من قال بقول الشافعي . وهو قول أشهب ، وعروة ، وجماعة (المصدر السابق) .

ويكره عند أبي حنيفة أكل الغراب الأبقع ، والأسود ، ولا يحرم . انظر (تحفة الفقهاء ٩١/٣) والحدأة حرام تدخل تحت ذي المخلب ، انظر (بدائع الصنائع ٢٧٦٢/٦) فما نقله المؤلف عن أبي حنيفة ليس على عمومه . فتأمل ذلك .

(٤) مذهب الشافعي في حشرات الأرض كالحيات ، والعقارب ، والجعلان ، وبنات وردان ، والفأر ، ونحوها حرام . وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد ، وداود . وقال مالك : حلال ، واحتج بقوله تعالى ﴿ **قل لا أجد فيما أوحِيَ إليّ مُحَرّماً على طاعمٍ يَطْعَمُه إلا أن يكون ميتةً ..** ﴾ .

واحتج الجمهور بقوله تعالى : ﴿ **ويُحَرِّمُ عليهم الخَبائِث** ﴾ وهذا مما يستخبثه العرب . انظر (المجموع ١٣/٩) .

الخبائث ﴾ (١) فمن رأى أنها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ، ومن رأى أن الخبائث هي ما تستخبثه النفوس قال : هي محرمة . وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف والنحل زعم ، فإني لست أدري أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ، ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا (٢) . وأما الحيوان البحري ، فإن العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر محرم ، فقال مالك : لا بأس بأكل جميع حيوان البحر ، إلا أنه كره خنزير الماء وقال : أنتم تسمونه خنزيراً ، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي ومجاهد وجمهور العلماء ، إلا أن منهم من يشترط في غير السمك التذكية ، وقد تقدم ذلك . وقال الليث بن سعد : أما إنسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شيء من الحالات (٣) .

---

(١) الأعراف آية ١٥٧ .

(٢) روى أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخاري ، ومسلم ذكره في آخر كتابه ، ورواه ابن ماجة في كتاب الصيد بإسناده على شرط البخاري عن عبد الله بن عباس « أن النبي ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب : النملة ، والنحلة ، والهدهد ، والصرد» . انظر (المجموع ١٥/٩) للنووي .
قال النووي : وأما النهي عن قتل الخطاف ، فهو ضعيف ، ومرسل ، رواه البيهقي بإسناده عن أبي الحويرث عبد الرحمن بن معاوية . وهو من تابع التابعين ، أو التابعين عن النبي ﷺ « أنه نهى عن قتل الخطاطيف ، وقال : لا تقتلوا العُوذَ إنها تعوذ بكم من غيركم » قال البيهقي : هذا منقطع .
قال : وروى حمزة النصيبي فيه حديثاً مسنداً إلا أنه كان يُرمى بالوضع ، وصح عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفاً عليه أنه قال « لا تقتلوا الضفادع ، فإن نقيقها تسبيح ، ولا تقتلوا الخفاش ، فإنه لما خرب بيت المقدس قال : يارب سلطني على البحر حتى أغرقهم » قال البيهقي : إسناده صحيح . انظر (المجموع ١٥/٩) .
ويقصد المؤلف بأبي حامد (الغزالي) من الشافعية .

(٣) كلب الماء مباح عند الشافعي ، وأحمد ، ومالك ، وبه قال الليث . ويقتضيه قول الشعبي ، والأوزاعي ، ولا يباح عند أبي حنيفة وهو قول أبي علي النجاد ، وبعض أصحاب الشافعي . =

وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعاً اسم الخنزير والإنسان خنزير الماء وإنسانه ؟ وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام إلى كل حيوان في البحر مشارك بالاسم في اللغة أو في العُرْف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه . والنظر في هذه المسألة يرجع إلى أمرين : **أحدهما** : هل هذه الأسماء لغوية ؟ **والثاني** : هل للاسم المشترك عموم أم ليس له ؟ فإن إنسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وإنسانه باشتراك الاسم ، فمن سلم أن هذه الأسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموماً لزمه أن يقول بتحريمها ، ولذلك توقف مالك في ذلك وقال : أنتم تسمونه خنزيراً . فهذه حال الحيوان المحرم الأكل في الشرع والحيوان المباح الأكل .

وأما النبات الذي هو غذاء فكله حلال إلا الخمر وسائر الأنبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ، ومن العسل نفسه ، أما الخمر فإنهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها : أعني التي هي من عصير العنب . وأما الأنبذة فإنهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر ، وأجمعوا على أن المسكر منها حرام ، فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين : قليل الأنبذة وكثيرها المسكرة حرام . وقال العراقيون : إبراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشَرِيك وابن شُبْرُمَة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين : إن المحرم من سائر الأنبذة المسكرة هو السُّكْرُ نفسه لا العين [1] ، وسبب

= أما التمساح ، فقد نقل عن أحمد أنه لا يؤكل . وقال الأوزاعي : لا بأس به لمن اشتهاه . وقال أبو حامد : لا يؤكل ، ولا يؤكل الكوسج ، لأنها يأكلان الناس . وقد روي عن إبراهيم النخعي وغيره أنه قال : كانوا يكرهون سباع البحر ، كما يكرهون سباع البر . وقال أبو علي النجاد ما حرم نظيره في البر ، فهو حرام في البحر ككلب البحر ، وخنزيره ، وإنسانه ، وهو قول الليث في كلب الماء فإنه يرى : إباحة كلب البحر ، والبر .

وقال أبو حنيفة : لا يباح إلا السمك . انظر (المغني) و (المجموع) و (بدائع الصنائع) .

(١) قال ابن قدامة : كل مسكر حرام قليله ، وكثيره ، وهو خمر ، حكمه حكم عصير العنب في تحريمه ، ووجوب الحد على شاربه ، وروي تحريم ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن =

اختـلافهم تعـارض الآثـار والأقيسـة في هـذا البـاب ، فللحجـازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان : **الطريقة الأولى** : الآثار الواردة في ذلك . **والطريقة الثـانيـة** : تسمية الأنبذة بأجمعها خمراً ، فمن أشهر الآثار التي تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عـائشـة أنهـا قـالت : « سئل رسـول الله ﷺ عن البتـع وعن نبيـذ العسـل ؟ فقـال : كل شراب أسكر فهـو حرام » (١) خرجـه البخـاري . وقـال يحي بن مَعِين : هـذا أصـح حـديث روي عن

= عمر ، وأبي هريرة ، وسعد بن أبي وقاص ، وأُبيّ بن كعب ، وأنس ، وعـائشـة ، رضي الله عنهم . وبه قال عطـاء ، وطـاوس ، ومجـاهـد ، والقـاسم ، وقتـادة ، وعمر بن عبـد العزيز ، ومـالـك ، والشـافعي ، وأبو ثور ، وأبـو عبيـد ، وإسحـق . وقـال أبـو حنيفـة في عصير العنب إذا طبـخ ، فذهب ثلثاه ، ونقيع التمر ، والزبيب إذا طبخ ، وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيـذ الحنطـة والـذرة ، والشعير ، ونحو ذلك نقيعاً كان ، أو مطبوخاً . كل ذلـك حلال إلا مـا بلغ السُّكْرَ ، فـأمـا عصير العنب ، إذا اشتد ، وقذف زبـده ، أو طبخ ، فـذهب أقل من ثلثـه ، ونقيع التمر ، والزبيب إذا اشتد بغير طبخ ، فهذا محرم قليله ، وكثيره لمـا روى ابن عبـاس عن النبي ﷺ قـال : « حرمت الخمر لعينها ، والمسكر من كل شراب » .

واحتج الجمهور بقولـه عليـه الصلاة والسـلام « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » رواه ابن عمر . وعن جـابر قـال : قـال رسـول الله ﷺ « مـا أسكر كثيره ، فقليلـه حرام » رواهمـا أبـو داود ، والأثرم ، وغيرهما . وعن عائشة قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « كل مسكر حرام ، قـال : وما أسكر منه الفرق ، فملء الكف منه حرام » رواه أبو داود ، وغيره .

وقـال عمر رضي الله عنـه : نـزل تحريم الخمر ، وهي من العنب ، والتمر ، والعســل ، والشعير . والخمر ما خامر العقل . متفق عليه .

أما حديثهم ، فقال أحمد : ليس في الرخصـة في المسكر حـديث صحيح . انظر (المغني ٣٠٥/٨) وانظر (نيل الأوطار ١٩٨/٨) .

قـال الشـوكاني : وقـد ذهب إلى التعميم علي ، وعمر ، وسعـد ، وابن عمر ، وأبـو مـوسى ، وأبـو هريرة ، وابن عبـاس ، وعـائشـة ، ومن التـابعين ابن المسيب ، وعروة ، والحسن ، وسعيـد بن جبير ، وآخرون ، وهـو قـول مـالـك ، والأوزاعي ، والثـوري ، وابن المبـارك ، والشـافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وعامة أهل الحديث . انظر (نيل الأوطار ٢٠٠/٨) .

(١) حديث عائشة متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٩٥/٨) .

النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ، ومنها أيضاً ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « كل مُسْكِرٍ خمر ، وكل خَمْرٍ حرام »[١] فهذان حديثان صحيحان . أما الأول : فاتفق الكل عليه . وأما الثاني : فانفرد بتصحيحه مسلم .

وخرج الترمذي وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : « ما أسكر كثيره فقليله حرام »[٢] وهو نص في موضع الخلاف .

وأما الاستدلال الثاني من أن الأنبذة كلها تسمى خمراً ، فلهم في ذلك طريقتان : **إحداهما** : من جهة إثبات الأسماء بطريق الاشتقاق ، **والثاني** : من جهة السماع ، فأما التي من جهة الاشتقاق فإنهم قالوا إنه معلوم عند أهل اللغة أن الخمر إنما سميت خمراً لمخامرتها العقل ، فوجب لذلك أن ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل . وهذه الطريقة من إثبات الأسماء فيها اختلاف بين الأصوليين ، وهي غير مرضية عند الخراسانيين .

وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع ، فإنهم قالوا إنه وإن لم يسلم لنا أن الأنبذة تسمى في اللغة خمراً فإنها تسمى خمراً شرعاً ، واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم ، وبما روي أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنبة »[٣] وما روي أيضاً عن ابن عمر أن

---

(١) حديث ابن عمر رواه الجماعة إلا البخاري ، وابن ماجة (المصدر السابق) .

(٢) حديث جابر رواه أبو داود ، وابن ماجة ، والترمذي ، وحسنه « ما أسكر كثيره فقليله حرام » ورواه النسائي ، والبزار ، وابن حبان من طريق عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه . وفي الباب عن علي ، وعائشة ، وخوّات بن جبير ، وعبد الله بن عمرو ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . انظر (التلخيص) .

(٣) حديث أبي هريرة « الخمر من هاتين الشجرتين .. » رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) .

رسـول الله ﷺ قـال : « إن من العنب خمراً ، وإن من العسـل خمراً ، ومن الزبيب خمراً ، ومن الحنطة خمراً .... وأنا أنهاكم عن كل مسكر »[١] فهـذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الأنبذة . وأما الكوفيين فإنهم تمسكوا لمذهبهم بظـاهر قوله تعـالى : ﴿ ومن ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ والأَعْنَـابِ تَتَّخِذونَ مِنْـه سَكَراً ورِزْقـاً حَسَناً ﴾[٢] وبآثار رووها في هذا الباب ، وبالقياس المعنوي .

أما احتجاجهم بـالآيـة فـإنهم قـالوا : السُّكْرُ هو المُسْكِر ، ولو كان مُحَرَّمَ ا العينِ لما سماه الله رزقاً حسناً . وأما الآثار التي اعتمدوها في هذا الباب ، فمن أشهرهـا عندهم حديث أبي عون الثقفي عن عبد الله بن شداد عن ابن عبـاس عن النبي عليـه الصلاة والسـلام قـال : « حرمت الخمر لعينهـا والسكر من غيرهـا [٣]

---

(١) بهذا اللفظ رواه النعمان بن بشير « إن من الحنطـة خمراً ، ومن الشعير خمراً ، ومن الزبيب خمراً ، ومن التمر خمراً ، ومن العسل خمراً » رواه الخمسة إلا النسـائي ، زاد أحمـد ، وأبو داود « وأنـا أنهى عن كل مسكر » (منتقى الأخبار ١٩٥/٨) وليس عن ابن عمر .
أما لفظ ما رواه ابن عمر « أن عمر بن الخطاب قال على منبر النبي ﷺ : أما بعد أيها الناس إنه نـزل تحريم الخمر ، وهي من خمسـة : من العنب ، والتمر ، والعسـل ، والحنطـة ، والشعير ، والخمر ما خامر العقل » متفق عليه (المصدر السابق) .
قـال الشـوكاني : حـديث النعمان بن بشير في إسنـاده إبراهيم بن المهـاجر البجلي الكـوفي . قـال المنذري : قد تكلم فيه غير واحد من الأئمة ، وقال الترمذي بعد إخراجه : غريب . انتهى . قـال ابن المديني : لابراهيم بـن المهاجر نحو أربعين حديثاً . وقال أحمد : لا بأس بـه ، وقـال النسـائي والقطان : ليس بالقوي (المصدر السابق) .

(٢) النحل آية ٦٧ .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » و« دار المعرفة » ينتهي القوس عند قوله (لعينهـا) والصواب ما أثبتناه ، وهو « والسكر من غيرها » لأنه من الحديث .
رواه العقيلي بلفـظ « حرمت الخمر بعينهـا ، والسكـرمن كل شراب » عن علي رضي الله عنـه . وأعلّـه بمحمـد بن الفرات . ونقـل عن يحي بن معين أنـه قـال فيـه : ليس بشيء ، ونقـل عن البخاري : أنه قال : منكر الحديث ، وقال العقيلي : لا يتابع عليه .
وأخرجـه العقيلي أيضـاً عن عبـد الرحمن بن بشر الغطفـاني عن أبي إسحـق عن الحـارث عن علي

وقـالوا : هـذا نص لا يحتمل التـأويل . وضعفـه أهل الحجـاز لأن بعض رواتـه روى « والمسكر من غيرها » . ومنها حـديث شريـك عن سماك بن حرب بـإسنـاده عن أبي بردة بن نيّار قال : قـال رسول الله ﷺ « إني كنت نهيتكم عن الشراب في الأوعية فاشربوا فيما بـدا لكم ولا تسكروا »[1] خرجهـا الطحـاوي ، ورووا

= بلفـظ « حرم الله الخمر بعينهـا والسكر من كل شراب » قـال : وعبـد الرحمن هـذا مجهـول في الرواية ، والنسب ، وحديثه غير محفوظ ، وإنما يروى هذا عن ابن عباس من قوله . انتهى .
وأخرجه النسائي موقوفاً على ابن عباس من طرق .
ورواه البزار في مسنـده عن ابن عبـاس موقـوفـاً ، وأخرجـه الطبراني عن ابن عبـاس مـوقـوفـاً . وأخرجه مرفوعاً عن ابن عباس نحوه وأخرجه الدارقطني موقوفاً على ابن عباس من طريق أحمد ابن حنبل . انظر (نصب الراية ٣٠٦/٤) .

(١) حديث أبي بردة لفظه « اشربوا في الظروف ، ولا تسكروا » قال النسائي : حديث منكر غلط فيـه أبو الأحوص سلام بن سليم ، ولا نعلم أحـداً تـابعـه عليـه من أصحـاب سِماك ، وسماك كان يقبل التلقين . قال أحمد : كان أبو الأحوص يخطىء في هذا الحديث ، خالفه شريك في إسنـاده ولفظـه . وقـال أبو زرعـة : وَهِمَ أبو الأحـوص ، فقـال : عن سماك عن القـاسم عن أبيـه عن أبي بردة ، فقلب من الإسناد موضعاً وصَحَّفَ موضعاً ، أمـا القَلْب ، فقولـه : عن أبي بردة ، أراد عن ابن بريدة ، ثم احتاج أن يقول : ابن بريدة عن أبيه ، فقلب الإسناد بأسره ، وأفحش من ذلك تصحيفه لمتنه « اشربوا في الظروف ولا تسكروا » .
وقال ابن أبي حاتم : سمعت أبا زرعة يقول : سمعت أحمد بن حنبل يقول : حديث أبي الأحوص عن سماك عن القـاسم بن عبـد الرحمن عن أبيـه عن أبي بردة خطـأ الإسنـاد ، والكـلام : أمـا الإسناد ، فإن شريكاً ، وأيوب ، ومحمداً ابني جابر رووه عن سماك عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ كما رواه النـاس « انتبـذوا في كل وعـاء ، ولا تشربوا مسكراً » قال أبو زرعـة : وكـذلـك أقول : هـذا خطـأ ، والصحيح حـديث ابن بريـدة عن أبيـه . انظر (نصب الراية ٣٠٨/٤) .
وأخرج الجماعة إلا البخاري عن بريدة قال : قـال رسول الله ﷺ « كنت نهيتكم عن الأشربـة إلا في ظروف الأدَم ، فاشربوا في كل وعـاء ، غير ألا تشربوا مسكراً ، وفي لفـظ مسلم : « نهيتكم عن الظروف ، وإن الظرف لا يحـل شيئـاً ، ولا يحرمـه ، وكل مسكر حرام » أخرجـه مسلم ، وأبـو داود ، والنسائي عن عبد الله بن بريدة عن أبيه وأخرجه ابن ماجة عن ابن بريدة عن أبيـه ، لم يسمه ، وأخرجـه ابن حبـان في « صحيحـه » عن مسروق عن ابن مسعود قـال : قـال رسول الله ﷺ « إني نهيتكم عن نبيـذ الأوعيـة ، ألا وإن وعـاءً لا يحرم شيئـاً ، وكل مسكر حرام » انظر (نصب الراية ٣٠٩/٤ ـ ٣١٠) .

عن ابن مسعود أنه قال : شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ، ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم [١] .

ورووا عن أبي موسى قال : « بعثني رسول الله ﷺ أنا ومعاذاً إلى اليمن ، فقلنا : يارسول الله إن بها شرابين يصنعان من البرّ والشعير : أحدهما : يقال له المزر ، والآخر يقال له البتع ، فما نشرب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : اشربا ولا تسكرا » [٢] خرجه الطحاوي أيضاً ، إلى غير ذلك من الآثار التي ذكروها في هذا الباب . وأما احتجاجهم من جهة النظر فإنهم قالوا : قد نص القرآن أن علة التحريم في الخمر إنما هي الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى : ﴿ **إنّما يُريدُ الشّيْطانُ أن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ العَدَاوةَ والبَغْضَاءَ في الخَمْرِ والمَيْسِرِ ويَصُدّكُمْ عن ذِكْرِ الله وعَنِ الصّلاةِ** ﴾ [٣] وهذه العلة توجد في القدر المسكر فيما دون ذلك ، فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام إلا ما انعقد عليه الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها ، قالوا : وهذا النوع من القياس يلحق بالنص ، وهو القياس الذي ينبه الشرع على العلة فيه .

---

(١) عن ابن مسعود بهذا اللفظ لم أقف على شيء من ذلك في كتب الحديث ولكن روى الإمام أحمد عن عبد الله بن مغفل قال « أنا شهدت رسول الله ﷺ حين نهى عن نبيذ الجرّ ، وأنا شهدته حين رخص فيه وقال : اجتنبوا كل مسكر » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٠٦/٨) قال الشوكاني : رجال إسناده ثقات ، وفي أبي جعفر الرازي كلام لا يضر وقد أخرجه الطبراني في الكبير ، والأوسط . (المصدر السابق) .

(٢) حديث أبي موسى بهذا اللفظ رواه الطحاوي . وقد روى البخاري ومسلم عن أبي موسى قال « قلت يارسول الله أفتنا في شرابين كنا نصنعها باليمن : البتع : وهو من العسل ، ينبذ حتى يشتد ، والمزر : وهو من الذرة ، والشعير ينبذ حتى يشتد . قال : وكان رسول الله ﷺ قد أعطي جوامع الكلم بخواتمه ، فقال : « كل مسكر حرام » انظر (منتقى الأخبار ١٩٥/٨) .

(٣) المائدة آية ٩١ .

وقال المتأخرون من أهل النظر : حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى ، وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر ، وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم في تغليب الأثر على القياس ، أو تغليب القياس على الأثر إذا تعارضا ، وهي مسألة مختلف فيها ، لكن الحق أن الأثر إذا كان نصًّا ثابتاً ، فالواجب أن يغلب على القياس ، وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملاً للتأويل فهنا يتردد النظر : هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس ؟ وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الألفاظ الظاهرة ، وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون ، وربما كان الذوقان على التساوي ، ولذلك كثر الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس : كل مجتهد مصيب .. قال القاضي : والذي يظهر لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام » وإن كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لا الجنس المُسْكر ، فإن ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالقَدْرِ لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون ، فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدًّا للذريعة وتغليظاً ، مع أن الضرر إنما يوجد في الكثير ، وقد ثبت من حال الشرع بالإجماع أنه اعتبر في الخمر الجِنْس دون القَدْرِ الواجب ، فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر ، وأن يكون على من زعم وجود الفرق إقامة الدليل على ذلك ، هذا إن لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليله حرام » فإنهم إن سلموه لم يجدوا انفكاكاً فإنه نص في موضع الخلاف ، ولا يصح أن تُعارَضَ النصوصُ بالمقاييس ، وأيضاً فإن الشرع قد أخبر أن في الخمر مضرة ومنفعة ، فقال تعالى : ﴿ **قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ** ﴾ [1] وكان القياس إذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة أن

---

(١) البقرة آية ٢١٩ .

يحرم كثيرها ويحلل قليلها ، فلما غَلَّبَ الشرعُ حكمَ المضرةِ على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير ، وجب أن يكون الأمر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر ، إلا أن يثبت في ذلك فارق شرعي . واتفقوا على أن الانتباذ حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام « فانتبذوا وكل مسكر حرام »[١] ، ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان ينتبذ ، وأنه كان يريقه في اليوم الثاني أو الثالث »[٢] واختلفوا من ذلك في مسألتين : **إحداهما :** في الأواني التي ينتبذ فيها ، **والثانية :** في انتباذ شيئين مثل البسر والرطب ، والتمر والزبيب .

فأما المسألة الأولى : فإنهم أجمعوا على جواز الانتباذ في الأسقية ، واختلفوا فيما سواها ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه كره الانتباذ في الدُّبّاء والمُزَفَّتِ ولم

(١) هذه فقرة من الحديث الذي رواه مالك في الموطأ عن أبي سعيد الخدري في قصة قدومه من السفر ، قيل له : إن رسول الله ﷺ قال « نهيتكم عن لحوم الأضحى بعد ثلاث فكلوا ، وتصدقوا ، وادخروا ، ونهيتكم عن الانتباذ . فانتبذوا ، وكل مسكر حرام ، ونهيتكم عن زيارة القبور ، فزوروها ، ولا تقولوا هجراً » (الموطأ ٤٨٥/٢) .
وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ أتاه قوم ، فقالوا : يارسول الله إنا ننبذ النبيذ ، فنشربه على غدائنا ، وعشائنا ، فقال : « اشربوا ، فكل مسكر حرام » ، فقالوا : يارسول الله إنا نكسره بالماء ، فقال : « حرامٌ قليلُ ما أسكرَ كثيرُه » رواه الدارقطني . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٠٢/٨) .
كذلك هي جملة رواها مسلم في صحيحه وغيره من حديث عائشة ، وابن عمر ، وبريدة ، وأبي موسى رضي الله عنهم (كل مسكر حرام) دون قوله (فانتبذوا) انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٩٥/٨) .

(٢) روى مسلم ، وأبو داود ، والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : كان نبي ﷺ ينقع له الزبيب مساء ، فيشربه اليوم والغد ، وبعد الغد إلى مساء الثالثة ، ثم يأمر به ، فيسقى أو يهراق . انظر (التاج الجامع للأطول ١٣٢/٣) .

يكره غيره ذلك ، وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحَنْتَم والنَّقِيرِ والمُزَفَّتِ ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس بالانتباذ في جميع الظروف والأواني [١] . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب . وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباذ في الأربع التي كرهها الثوري ، وهو حديثٌ ثابت [٢] .

وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتباذ في الدباء ، والمزفت » [٣] وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك أنه قال : « كنت نهيتكم أن تَنْبذوا في الدُّبَّاء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا أُحِلُّ مسكراً » [٤]

(١) قال الشوكاني : نقلاً عن الخطابي : ذهب الجمهور إلى أن النهي إنما كان أولاً ، ثم نسخ ، وذهب جماعة إلى أن النهي عن الانتباذ في هذه الأوعية باق ، ومنهم ابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال مالك ، وأحمد ، وإسحق ، قال : والأول أصح . والمعنى في النهي أن العهد بإباحة الخمر كان قريباً ، فلما اشتهر التحريم ، أبيح لهم الانتباذ في كل وعاء بشرط ترك شرب المسكر .
قال ابن بَطّال : النهي عن الأوعية إنما كان قطعاً للذريعة ، فلما قالوا : لا نجد بداً من الانتباذ في الأوعية ، قال : انتبذوا ، وكل مسكر حرام . وهكذا الحكم في كل شيء نهي عنه بمعنى النظر إلى غيره ، فإنه يسقط للضرورة كالنهي عن الجلوس في الطرقات ، فلما قالوا : لا بد لنا منها قال « أعطوا الطريق حقها » . انظر (نيل الأوطار ٢٠٨/٨) .
وجاء في المغني لابن قدامة : ويجوز الانتباذ في الأوعية كلها ، وعن أحمد أنه كره الانتباذ في الدباء ، والحنتم ، والنقير ، والمزفت (٣١٨/٨) والدُّبَّاء : هو اليقطين ، والحنتم : الجرار ، والنقير : الخشب ، والمزفت : الذي يطلى بالزفت .

(٢) حديث ابن عباس رواه مسلم ، وأحمد . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٠٥/٨) .

(٣) حديث ابن عمر رواه مسلم ، والنسائي ، وأبو داود بلفظ « أن رسول الله ﷺ نهى عن الدُّبَّاء ، والحَنْتَمِ ، والمُزَفَّتِ» .
ورواه مالك بلفظ « نهى أن ينبذ في الدباء ، والمزفت » (٨٤٣/٢) .

(٤) بهذا اللفظ رواه الطحاوي عن جابر في معاني الآثار . وعن بريدة « كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم . فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكراً » . رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، والنسائي .
وفي رواية « نهيتكم عن الظروف ، وإن ظرفاً لا يُحِلُّ شيئاً ، ولا يُحَرِّمُه وكل مُسْكِرٍ حرام » رواه الجماعة إلا البخاري ، وأبا داود .

وحديث أبي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطأ ، وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال : « كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا . وكل مسكر حرام »(١) .

فمن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان نهياً عن الانتباذ في هذه الأواني إذ لم يعلم ههنا نهي متقدم غير ذلك قال : يجوز الانتباذ في كل شيء . ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ إنما كان نهياً عن الانتباذ مطلقاً قال : بقي النهي عن الانتباذ في هذه الأواني ، فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآنيتين المذكورتين فيه ، ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال : بالأربعة ، لأنه يتضمن مزيداً ، والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر إنما هي من باب دليل الخطاب . وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباذ في الحنتم ، وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مُزَفَّت .

* * *

وأما المسألة الثانية : وهي انتباذ الخليطين ، فإن الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الأشياء التي من شأنها أن تقبل الانتباذ ، وقال قوم : بل الانتباذ مكروه ، وقال قوم : هو مباح ، وقال قوم : كل خليطين فهما حرام وإن لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما أحسب الآن(٢) . والسبب في اختلافهم ترددهم في

= وعن ابن عمر : قال « لما نهى النبي ﷺ عن الأوعية قيل للنبي ﷺ : ليس كل الناس يجد سقاء ، فرخص لهم في الجر غير المزفت » متفق عليه .
وفي معناه عن أنس ، وعن عبد الله بن مُغَفَّل رواهما أحمد . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٠٦/٨) .

(١) تقدم تخريج الحديث قبل قليل . انظر (الموطأ ٤٨٥/٢) .

(٢) قال الشوكاني نقلاً عن النووي : ذهب أصحابنا . وغيرهم من العلماء إلى أن سبب النهي عن الخليط أن الإسكار يسرع إليه بسبب الخلط قبل أن يشتد ، فيظن الشارب أنه لم يبلغ حد الإسكار ، وقد بلغه ، قال : ومذهب الجمهور أن النهي في ذلك للتنزيه ، وإنما يحرم إذا صار مسكراً ، ولا تخفى علامته . وقال بعض المالكية : هو للتحريم ، واختلف في خلط نبيذ البُسْرِ =

هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة أو على الحظر ؟ وإذا قلنا إنه على الحظر ، فهل يدل على فساد المنهي عنه أم لا ؟ وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب ، والزهو والرطب ، والبسر والزبيب »[١] وفي بعضها أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعاً ، ولا التمر والزبيب جميعاً ، وانتبذوا كل واحد منهما على حِدة »[٢] فيخرج في ذلك بحسب التأويل الأقاويل الثلاثة : قول بتحريمه . وقول بتحليله مع الإثم في الانتباذ . وقول بكراهية ذلك .

وأما من قال إنه مباح ، فلعله اعتمد في ذلك عموم الأثر بالانتباذ في حديث أبي سعيد الخدري ، وأما من منع كل خليطين ، فإما أن يكون ذهب

= الذي لم يشتد . مع نبيذ التمر الذي لم يشتد عند الشرب هل يمتنع ، أو يختص النهي عن الخلط بالانتباذ ؟ فقال الجمهور لا فرق ، وقال الليث : لا بأس بذلك عند الشرب . ونقل ابن التين عن الداودي : أن المنهي عنه خلط النبيذ بالنبيذ ، لا إذا نبذا معاً . واختلف في الخليطين من الأشربة غير النبيذ ، فحكى ابن التين عن بعض الفقهاء أنه كره أن يخلط للمريض الأشربة .. وقال الخطابي : ذهب إلى تحريم الخليطين ـ وإن لم يكن الشراب منها مسكراً ـ جماعة عملاً بظاهر الحديث ، وهو قول مالك ، وأحمد ، وإسحق ، وظاهر مذهب الشافعي ، وقالوا : من شرب الخليطين أثم من جهة واحدة ، فإن كان بعد الشدة ، أثم من جهتين ، وخص الليث النهي بما إذا انتبذا معاً . وخص ابن حزم النهي بخمسة أشياء : التمر ، والرطب ، والزهو ، والبسر ، والزبيب . قال : سواء خلط أحدهما في الآخر منها ، أو في غيرها ، وأما لو خلط واحد من غيرها في واحد من غيرها ، فلا مانع كالتّين والعسل مثلاً .

وقال القرطبي : النهي عن الخليطين ظاهر في التحريم ، وهو قول جمهور فقهاء الأمصار ، وعن مالك : يكره فقط . وشذ من قال : لا بأس به ، لأن كلا منهما يحل منفرداً . فلا يكره مجتمعاً ، قال : وهذه مخالفة للنص بقياس مع وجود الفارق ، فهو فاسد ، ثم هو منتقض بجواز كل واحدة من الأختين منفردة . وتحريمها منفردتين . انظر (نيل الأوطار ٨/٢١٠) .

(١) هذا الحديث رواه ابن عباس ، وخرجه مسلم والنسائي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٨/٢٠٩) ، وفي معناه عن أبي سعيد ، رواه أحمد ، ومسلم ، والترمذي .

(٢) بهذا اللفظ رواه أحمد ، ومسلم عن أبي هريرة (المصدر السابق) .

وفي معناه عن جابر عند الجماعة ، وعن أبي قتادة عند البخاري ، ومسلم ، وعن أنس رواه النسائي . انظر (المصدر السابق) .

إلى أن علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث من الاختلاط من الشدة في النبيذ ، وإما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد أنه نهى عن الخليطين . وأجمعوا على أن الخمر إذا تخللت من ذاتها جاز أكلها . واختلفوا إذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال : التحريم ، والكراهية ، والإباحة [١] ، وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم في مفهوم الأثر ، وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك أن أبا طلحة « سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن أيتام ورثوا خمراً ، فقال أهرقها ، قال : أفلا أجعلها خلاً ؟ قال : لا » [٢] فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ، ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ، ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضاً على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي .

والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم أنه قد علم من ضرورة الشرع أن الأحكام المختلفة إنما هي للذوات المختلفة ، وأن الخمر غير ذات الخل ، والخل بإجماع حلال ، فإذا انتقلت ذات الخمر إلى ذات الخل وجب أن يكون حلالاً كيفما انتقل .

* * *

---

(١) الجمهور أنه لا يجوز التخليل ، ولا تطهر الخمر بالتخليل ، هذا إذا خللها بوضع شيء فيها . أما إذا كان التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل أو نحو ذلك ، فأصح وجه عن الشافعية أنها تحل ، وتطهر ، وقال الأوزاعي وأبو حنيفة : تطهر إذا خللت بإلقاء شيء فيها .

وعن مالك ثلاث روايات : أصحها أن التخليل حرام ، فلو خللها ، عصى وطَهُرَتْ .

قال القرطبي : كيف يصح لابي حنيفة القول بالتخليل مع هذا الحديث ، ومع سببه الذي خرج عليه ، إذ لو كان جائزاً ، لكان قد ضَيَّعَ على الأيتام مالهم ، ولوجب الضمان على من أراقها عليهم . انظر (نيل الأوطار ٢١٢/٨) .

(٢) رواه أحمد ، وأبو داود . قال الشوكاني : عزاه المنذري في مختصر السنن إلى مسلم ، وهو كما قال في صحيح مسلم ، ورجال إسناده في سند أبي داود ثقات . وأخرجه الترمذي من طريقين . وقال الثانية أصح . (المصدر السابق) .

وفي معناه روى أحمد عن أبي سعيد . قال الترمذي : وفي الباب عن جابر ، وعائشة ، وأبي سعيد ، وابن مسعود ، وابن عمر (المصدر السابق) .

الجملة الثانية

في استعمال المحرمات في حال الاضطرار . والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عليكم إلا ما اضْطُرِرْتُمْ إليه ﴾ [١] والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره . فأما السبب ، فهو ضرورة التغذي : أعني إذا لم يجد شيئًا حلالاً يتغذى به ، وهو لا خلاف فيه . وأما السبب الثاني : طلب البرء ، وهذا المختلف فيه ، فمن أجازه احتج بإباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حَكَّةٍ به [٢] ، ومن منعه فلقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله لم يجعل شفاءِ أمتي فيما حَرَّمَ عليها » [٣] .

---

(١) الأنعام آية ١١٩ .

(٢) الحديث رواه الجماعة عن أنس بلفظ « أن النبي ﷺ رخص لعبد الرحمن بن عوف ، والزبير في لبس الحرير لحكة كانت بها » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٩٩/٢) .
قال الشوكاني : والحديث يدل على جواز لبس الحرير لعذر الحكة والقمل عند الجمهور ، وقد خالف في ذلك مالك ، والحديث حجة عليه ، ويقاس غيرهما من الحاجات عليهما ، وإذا ثبت الجواز في حق هذين الصحابيين ، ثبت في حق غيرهما ما لم يقم دليل على اختصاصهما بذلك . انظر (نيل الأوطار ٩٩/٢) .

(٣) بهذا اللفظ الذي ذكره المؤلف لم أطلع عليه ولكن جاء في منتقى الأخبار عن ابن مسعود « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حَرَّمَ عليكم » ذكره البخاري .
وعن أبي الدرداء قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله أنزل الداء ، والدواء ، وجعل لكل داء دواء ، فتداووا ، ولا تداووا بحرام » رواه أبو داود .
قال الشوكاني : فيه إسماعيل بن عيّاش ، قال المنذري : وفيه مقال . انتهى . قال الشوكاني : وقد عرفت أنه إذا حَدَّث عن أهل الشام ، فهو ثقة ، وإنما يضعف في الحجازيين ، وهو هنا حدَّث عن ثعلبة بن مسلم الخثعمي ، وهو شامي ، ذكره ابن حبان في الثقات عن أبي عمران الأنصاري مولى أم الدرداء ، وقائدها وهو أيضاً شامي . انظر (نيل الأوطار ٢٢٩/٨) .

وأمـا جنس الشيء المستبـاح فهـو كل شيء محرم مثـل الميتـه وغيرهـا ، والاختلاف في الخمر عنـدهم هو من قِبَـلِ التـداوي بهـا لا من قبـل استعمالهـا في التغذي ، ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربهـا إن كان منهـا رِيٌّ ، وللشَّرِقِ أن يزيل شَرَقَهُ بها (١) . وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرهـا فـإن مـالكاً قـال : حَدُّ ذلك الشِّبَعُ والتزود منها حتى يجد غيرهـا ، وقـال الشـافعي وأبو حنيفـة : لا يأكل منها إلا ما يمسك الرمق ، وبه قال بعض أصحاب مالك (٢) .

= وباللفظ الذي ذكر البخاري ، ذكره السيوطي في الجامع الصغير ، وقـال رواه الطبراني في الكبير عن أم سلمة . وصححه . انظر (٧٢/١) .

قـال الشـوكاني : فيـه التصريـح بـأن الخمر ليس بـدواء ، فيحرم التـداوي بهـا ، كما يحرم شربهـا ، وكذلك سائر الأمور النجسة ، وإليـه ذهب الجمهور ، ثم قـال : قـال ابن رسلان في شرح السنن : والصحيح من مذهبنا ، يعني (الشافعية) جواز التداوي بجميع النجاسـات سوى المسكر لحـديث العرنيين في الصحيحين حيث أمرهم بشرب أبوال الإبل للتـداوي . قـال : وحـديث البـاب محمول على عدم الحـاجـة بـأن يكون هنـاك دواء غيره يغني عنـه ، ويقوم مقـامـه من الطاهرات . قال البيهقي : هذان الحديثان إن صحا محمولان على النهي عن التداوي بـالمسكر ، والتـداوي بـالحرام من غير ضرورة ، ليجمع بينهما وبين حـديث العرنيين . انتهى . ثم قـال الشـوكاني : ولا يخفى مـا في هذا الجمع من التعسف ، فـأبوال الإبل عنـد الخصم يمنع اتصـافهـا بكونهـا حرامـاً أو نجسـاً ، وعلى فرض التسليم ، فـالواجب الجمع بين العـام وهـو تحريم التـداوي بـالحرام ، وبين الخـاص وهـو الإذن بـالتـداوي بـأبوال الإبل بـأن يقـال : يحرم التـداوي بكل حرام إلا أبوال الإبل . هـذا هو القانون الأصولي . (نيل الأوطار ٢٢٩/٨) وانظر كتـابنـا (تقـديم طـاعـة على أخرى أو تركهـا نظراً للزمان ، والمكان ، والأحوال) وقد رجحنا هناك قول الجمهور .

قال ابن قدامة : ولا يجوز التداوي بمحرم ، ولا شيء فيـه محرم مثل ألبـان الأتن ، ولحم شيء من المحرمات ، ولا شرب الخمر للتداوي به . انظر (المغني ٦٠٥/٨) وانظر (المجموع ٤٥/٩) .

قال ابن جزي من المالكية : إنها (الخمر) لا تحل إلا ساعة الغُصّة على خلاف فيهـا . ولا تبـاح لجوع ، ولا لعطش ، لأنها لا تدفع ، وقيل : تبـاح ، ولا يحل التـداوي بهـا في المشهور . وقيل : يجوز وفاقاً للشافعي . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص١٨٢) .

وقـال النـووي : المـذهب الصحيح تحريم الخمر للتـداوي ، والعطش ، وإمـام الحرمين والغـزالي اختارا جوازها للعطش ، وله إساغتها به بلا خلاف . (المجموع ٤٣/٩) .

(٢) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص١٨٢) لمذهب مالك .

وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمق فقط ؟ والظاهر أنه جميعها لقوله تعالى : ﴿ فمن اضطُرَّ غَيْرَ باغٍ ولا عاد ﴾ [١] واتفق مالك والشافعي على أنه لا يحل للمضطر أكل الميتة إذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى : ﴿ غير باغٍ ولا عاد ﴾ وذهب غيره إلى جواز ذلك [٢] .

* * *

= وقال ابن قدامة : ويباح له أكل ما يسد الرمق ، ويأمن معه الموت بالإجماع ، ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع أيضاً . وفي الشبع روايتان : أظهرهما أنه لا يباح ، وهو قول أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين للشافعي .
قال الحسن : يأكل قدر ما يقيه .
والثانية : يباح له الشبع . اختارها أبو بكر لما روى جابر بن سمرة « أن رجلاً نزل الحرة ، فنفقت عنده ناقة ، فقالت له امرأته : اسلخها حتى نقدد شحمها ، ولحمها ، ونأكله ، فقال : لا حتى أسأل رسول الله ﷺ ، فسأله ، فقال : هل عندك غنى يغنيك ؟ قال : لا . قال : فكلوها » رواه أبو داود . فلم يفرق . انظر (المغني ٥٩٥/٨) .

(١) البقرة آية ١٧٣ ، والأنعام ١٤٥ ، والنحل ١١٥ .

(٢) وهو مذهب أحمد . انظر (المغنى ٥٩٧/٨) وحظرها الشافعي في أحد قوليه . وأباحها أبو حنيفة ، والشافعي في القول الآخر .
قال القرطبي نقلاً عن ابن العربي : وعجباً ممن يبيح له ذلك مع التمادي على المعصية ، وما أظن أحداً يقوله ، فإن قاله ، فهو مخطئ قطعاً .
ثم قال القرطبي تعليقاً على ذلك : الصحيح خلاف هذا ، فإن إتلاف المرء نفسه في سفر المعصية أشد معصية مما هو فيه ، قال الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾ وهذا عام ، ولعله يتوب في ثاني حال ، فتمحو التوبة عنه ما كان ، وقد قال مسروق : من اضطر إلى أكل الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، فلم يأكل حتى مات ، دخل النار ، إلا أن يعفو الله عنه ، قال أبو الحسن الطبري ـ المعروف بالكيا ـ : وليس أكل الميتة عند الضرورة رخصة ، بل عزيمة ، واجبة ولو امتنع من أكل الميتة ، كان عاصياً . (القرطبي ٢٣٢/٢)

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب النّكاح

كتاب النّكاح *

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب : **الباب الأول** : في مقدمات النكاح . **الباب الثاني** : في موجبات صحة النكاح . **الباب الثالث** : في موجبات الخيار في النكاح . **الباب الرابع** : في حقوق الزوجية . **الباب الخامس** : في الأنكحة المنهي عنها والفاسدة .

(*) للنكاح معان ثلاثة : **الأول** : المعنى اللغوي ، وهو الوطء ، والضم ، يقال : تناكحت الأشجار ، إذا تمايلت ، وانضم بعضها إلى بعض ويطلق على العقد مجازاً ، لأنه سبب في الوطء .

الثاني : المعنى الأصولي ، ويقال له : الشرعي ، وقد اختلف العلماء فيه على ثلاثة أقوال : أحدها أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، كالمعنى اللغوي من كل وجه ، فمتى ورد النكاح في الكتاب والسنة بدون قرينة ، يكون معناه الوطء . كقوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف** ﴾ فإن معناه في هذه الآية الوطء ، إذ النهي أنما يتصور عنه ، لا عن العقد ذاته ، لأن مجرد العقد ، لا يترتب عليه غيرة تنقطع بها صلات المودة والاحترام ، وهذا هو رأي الحنفية ، على أنهم يقولون : إن النكاح في قوله تعالى : ﴿ **حتى تَنْكِحَ زوجاً غيره** ﴾ معناه العقد ، لا الوطء ، لأن إسناده للمرأة قرينة على ذلك ، فإن الوطء فعل ، والمرأة لا تفعل ، لكن مفهوم الآية يفيد أن مجرد العقد يكفي في التحليل ، وليس كذلك ، لأن السنة صريحة في أن التحليل لا بد فيه من الوطء ، فهذا المفهوم غير معتبر ، يدل على ذلك ما صرح به في حديث العُسيلة بقوله ﷺ « حتى تذوقي عُسَيْلته » .

ثانيًا : أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، عكس المعنى اللغوي ويدل على ذلك كثرة وروده بمعنى العقد في الكتاب ، والسنة ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ **حتى تَنْكِحَ زَوْجاً غيره** ﴾ وذلك هو الأرجح عند الشافعية والمالكية .

ثالثًا : أنه مشترك لفظي بين العقد ، والوطء ، وقد يكون هذا أظهر الأقوال الثلاثة ، لأن الشرع تارة يستعمله في الوطء بدون أن يلاحظ في الاستعمال هجر المعنى الأول . وذلك يدل على أنه حقيقة ، فيهما .

وأما المعنى **الثالث** : فهو المعنى الفقهي .

وقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء ، ولكنها كلها ترجع إلى معنى واحد وهو أن عقد النكاح وضعه الشارع ، ليترتب عليه انتفاع الزوج بِبُضْعِ الزوجة وسائر بدنها من حيث التلذذ ، فالزوج يملك بعقد النكاح هذا الانتفاع ويختص به ، ولا يملك المنفعة . (الفقه على المذاهب الأربعة) للجزيري .

الباب الأول

في مقدمات النكاح

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح ، وفي الخطبة على الخطبة ، وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج ، فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه ، وهم الجمهور ، وقال أهل الظاهر : هو واجب ، وقال المتأخرة من المالكية : هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العَنَتِ .

وسبب اختلافهم هل تُحْمَلُ صيغة الأمر به في قوله تعالى : ﴿ **فانكِحوا ما طابَ لَكُمْ مِّنَ النِّساء** ﴾ [1] وفي قوله عليه الصلاة والسلام « تناكحوا فإني مكاثر بكم الأمم » [2] وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة ؟ .

فأما من قال إنه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب

---

(١) النساء آية ٣ .

(٢) بهذا اللفظ رواه الديلمي عن ابن عمر في مسند الفردوس . قال : قال رسول الله ﷺ « حجوا تستفنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا ، فإني أباهي بكم الأمم » قال الشوكاني : وفي إسناده محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، وهما ضعيفان . ورواه البيهقي أيضاً عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً وزاد في آخره « حتى بالسقط » وعن أبي أمامة للبيهقي بلفظ « تزوجوا ، فإني مكاثر بكم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى » وفي إسناده محمد بن ثابت ، وهو ضعيف ، وعن حرملة بن النعمان عن الدارقطني في المؤتلف ، وابن قانع في الصحابة بلفظ « امرأة ولود أحب إلى الله من امرأة حسناء لا تلد ، إني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » قال الحافظ : إسناده ضعيف .

وعن عائشة أيضاً عن ابن ماجة أن النبي ﷺ قال : « النكاح من سنتي ، فمن لم يعمل بسنتي ، فليس مني ، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ، ومن كان ذا طَوْلٍ ، فلينكح ، ومن لم يجد ، فعليه بالصوم ، فإن الصوم له وِجَاءٌ » وفي إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف . انظر (نيل الأوطار ١١٤/٦) و (التلخيص ١١٥/٣) ورواه عبد الرزاق بلفظ « تناكحوا تكثروا ، فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة » عن سعيد بن هلال مرسلاً . (الجامع الصغير ١٣٣/١)

إليـه ، وفي حـق بعضهم مبـاح ، فهـو التفـات إلى المصلحـة ، وهـذا النـوع من القياس هو الذي يُسَمّى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستنـد إليـه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به [١] .

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي ﷺ فقال الجمهور إنها ليست واجبة ، وقـال داود هي واجبـة [٢] . وسبب الخلاف هـل يحمـل فعلـه في ذلـك عليـه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب ؟ فأما الخطبة على الخطبـة ، فـإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلـك على فساد النهي عنه أو لا يدل ، وإن كان يدل ففي أي حالـة يـدل ؟ فقـال

---

(١) قال ابن قدامة : والنـاس في النكاح على ثلاثـة أضرب : **الأول :** من يخـاف على نفسه الوقوع في المحظور إن ترك النكاح ، فهذا يجب عليه النكاح في قول عـامـة الفقهـاء ، لأنـه يلزمـه إعفـاف نفسه ، وصونها عن الحرام ، وطريقه النكاح .

الثاني : من يستحب له ، وهو من له شهوة يـأمن معهـا الوقوع في محظور ، فهـذا الإشتغـال بـه أولى من التخلي لنوافل العبـادة وهو قول أصحـاب الرأي . وهو ظـاهر قـول الصحـابـة رضي الله عنهم ، وفعلهم ، قـال ابن مسعـود : لـو لم يبـق من أجلي إلا عشرة أيـام . وأعلم أني أمـوت في آخرها يوماً ، ولي طَوْل النكاح فيهن ، لتزوجتُ مخافة الفتنة .

وقال الشافعي : التخلي لعبادة الله تعالى أفضل .

القسم الثالث : من لا شهوة له ، إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعِنّين ، أو كانت له شهوة ، فـذهبت بكبر ، أو مرض ، ونحـوه ففيـه وجهـان : **أحدهما :** يستحب لـه النكاح . **والثـاني :** التخلي لـه أفضل . انظر (المغني ٤٤٧/٦) لابن قدامة . وانظر (المحلى ٣/١١) لمذهب الظاهرية .

(٢) قال الشوكاني نقلاً عن الترمذي في سننه : وقـد قـال أهل العلم : إن النكاح جـائز بغير خطبـة ، وهو قول سفيـان الثوري ، وغيره من أهل العلم . ثم قـال الشوكاني : ويـدل على الجـواز حـديث إسماعيل بن إبراهيم ، فيكـون على هــذا الخطبــة في النكاح منـدوبـة . انظر (نيـل الأوطـار ١٤٩/٦) .

وقال ابن قدامة : والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه ، إلا داود ، فإنـه أوجبهـا . انظر (المغني ٦/ ٥٣٧) وصيغة الخطبة رواها ابن مسعود قـال : « علمنـا رسول الله ﷺ التشهـد في الصلاة ، والتشهد في الحاجة ، وذكر تشهد الصلاة قـال : والتشهـد في الحـاجـة : إن الحمـد لله نستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، مـن يهـده الله فـلا مضل لـه ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إلـه إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبـده ورسولـه ، قـال : ويقرأ ثلاث آيات ، ففسرها سفيان الثوري ﴿ **اتقوا الله حَقَّ تُقَاتِـهِ ولا تَمُوتُنَّ إلا وأنتم مسلمون** ﴾ ﴿ **واتقوا**

داود : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ ، وعن مالك القولان جميعًا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ، وقال ابن القاسم : إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز[1] . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا في أول الخطبة ، بدليل حديث فاطمة بنت قيس ، حديث « جاءت إلى النبي ﷺ فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها ، فقال :أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه

= الله الذي تساءلون به والأرحام إنّ الله كان عليكم رقيبا ﴾ ﴿ اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً ﴾ الآية . رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، والحاكم ، والبيهقي . انظر (نيل الأوطار ١٤٧/٦) .

(١) وقد ذهب إلى تحريم الخطبة على الخطبة الجمهور ، وجزموا بأن النهي للتحريم ، وهو ما حكاه الحافظ في الفتح . وقال الخطابي : إن النهي ههنا للتأديب ، وليس بنهي تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء قال الحافظ : ولا ملازمة بين كونه للتحريم ، وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو للتحريم عندهم ، ولا يبطل العقد . وحكى النووي : أن النهي فيه للتحريم بالإجماع ، ولكنهم اختلفوا في شروطه ، فقالت الشافعية والحنابلة : محل التحريم ، إذا صرحت المخطوبة بالإجابة ، أو وليها الذي أذنت له ، فلو وقع التصريح بالرد ، فلا تحريم .
وقال داود : إذا تزوجها الثاني ، فسخ النكاح قبل الدخول وبعده . وللمالكية في ذلك قولان : فقال بعضهم : يفسخ قبله لا بعده . قال في الفتح : وحجة الجمهور أن المنهي عنه الخطبة ، وهي ليست شرطاً في صحة النكاح ، فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة انظر (نيل الأوطار ١٢٢/٦) .

وأحاديث النهي رواها أحمد ، ومسلم عن عقبة بن عامر أنه ﷺ قال « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خِطْبة أخيه حتى يذر » وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح ، أو يترك » رواه البخاري والنسائي .

وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله ، أو يأذن له الخاطب » رواه أحمد ، والبخاري ، والنسائي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٢١/٦) .

عن النساء ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، ولكن انكحي أسامة »[١]

وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالـك إلى الوجـه والكفين فقط ، وأجاز ذلـك غيره إلى جميع البـدن عـدا السوأتين ، ومنع ذلـك قوم على الإطلاق ، وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجـه والكفين[٢] والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقاً ، وورد بـالمنع مطلقـاً ، وورد مقيداً : أعني بالوجه والكفين على مـا قـالـه كثير من العلمـاء في قولـه تعـالى : ﴿ **ولا يُبْدِين زِينَتَهُنَّ إلا ما ظَهَرَ مِنْها** ﴾[٣] أنه الوجـه والكفـان ، وقيـاسـاً على جواز كشفها في الحج عنـد الأكثر ، ومن منع تمسـك بـالأصـل وهـو تحريم النظر إلى النساء .

* * *

(١) الحـديث رواه الجمـاعـة إلا البخـاري . انظر (منتقى الأخبـار مع نيل الأوطـار ١٢٣/٦) بلفـظ « فخطبها معاوية ، وأبو جهم ، وأسامة بن زيـد . فقـال رسول الله ﷺ : أمـا معـاويـة فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضَرّاب للنساء ، ولكن أسـامـة . فقـالت : بيـدهـا هكـذا أسامة أسامة ، فقـال لهـا رسول الله ﷺ : طـاعـة الله ، وطـاعـة رسولـه ، قـالت : فتزوجتـه ، فاغتبطت » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٢٣/٦) .

(٢) قال ابن قدامة : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهـو مجمـع المحـاسن ومـوضـع النظر ، ولا يبـاح لـه النظر إلى مـا لا يظهر عـادة ، وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها .
وحكي عن القاضي عياض كراهته . قـال الشوكاني : وهو خطـأ مخـالف للأدلـة المـذكورة ولأقوال العلماء . انظر (المغني ٥٥٣/٦) و(نيل الأوطار ١٢٦/٦) .

(٣) النور آية ٣١ .
أما الأحـاديث الواردة في ذلـك : فعن المغيرة بن شعبـة « أنـه خطب امرأة ، فقـال النبي ﷺ : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » رواه الخمسة .
وعن أبي هريرة قال « خطب رجل امرأة ، فقال النبي ﷺ : انظر إليها ، فإن في أعين الأنصار شيئاً » رواه أحمد والنسائي .
وعن جابـر قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا خطب أحدكم المرأة ، فقدر أن يرى منهـا بعض مـا يـدعوه إلى نكاحهـا ، فليفعـل » رواه أحمـد ، وأبـو داود . انظر (منتقى الأخبـار مـع نيـل الأوطار ١٢٥/٦) .

الباب الثاني

في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان : **الركن الأول : في معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثاني : في معرفة محل هذا العقد . الثالث : في معرفة شروط هذا العقد .**

الركن الأول : في الكيفية . والنظر في هذا الركن في مواضع : في كيفية الإذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إنْ تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفَوْر ؟

الموضع الأول : الإذن في النكاح على ضربين : فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ . وهو في حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت : أعني الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن إذن البِكْر إذا كان المنكح غير أبٍ ولا جَدٍّ بالنطق [١] ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وَلِيّها . والبِكْر تُسْتَأْمَرُ في نفسها وإذنها صماتها » [٢]

---

(١) انظر (المجموع ١٥/٥٩) في هذه المسئلة .

قال ابن قدامة : فأما البِكْرُ ، فإذنها صماتها في قول أهل العلم ، منهم شريح ، والشعبي ، وإسحق ، والنخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، وابن شُبْرمة ، وأبو حنيفة ، ولا فرق بين كون الولي أباً ، أو غيره ، وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهان :

أحدهما : لا يكون إذناً ، لأن الصمات عدم الإذن ، فلا يكون إذناً ، ولأنه محتمل الرضى ، والحياء ، وغيرهما ، فلا يكون إذناً كما في حق الثيب ، وإنما اكتفي به في حق الأب ، لأن رضاءها غير معتبر . انظر (المغني ٦/٤٩٣) .

(٢) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري بلفظ « الثيب أحق بنفسها من وَلِيّها والبِكْرُ تُستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » عن ابن عباس .

=

واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج (١) . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارًا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك ، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

الموضع الثاني : وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : أحدهما : يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعني الزوج والزوجة ، إما مع الولى ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولى في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثاني : يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة

- ولكن لفظ الأيم جاء في حديث أبي هريرة « لا تنكح الأيم حتى تُسْتَأمر ولا البِكْر حتى تُستأذن ، قالوا : يارسول الله : وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » رواه الجماعة . انظر (منتقى الأخبار ١٣٧/٦) و (بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٧/٣) .

(١) لا يصح الزواج عند أحمد بغير لفظ الإنكاح ، والتزويج ، وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهري ، وربيعة ، والشافعي .
وقال الثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود : ينعقد بلفظ الهبة ، والصدقة ، والبيع ، والتمليك ، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان .
وقال مالك : ينعقد بذلك : إذا ذكر المهر . واحتجوا بأن النبي ﷺ وسلم زوج رجلاً امرأة ، فقال : « قد مَلَّكْتُكَها بما معك من القرآن » رواه البخاري . انظر (المغنى ٥٣٣/٦) .

النكاح ، واختلفوا هل يُجبر العبدَ عل النكاح سيدُه والوصيُّ محجورَه البالغَ أم ليس يُجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجبره [١] والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا في جَبْرِ الوَصِيِّ محجورَهُ ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب .

وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « والثَّيِّبُ تُعْرِبُ عن نفسها » [٢] إلا ما حكي عن الحسن البصرى .

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يُجْبرها على النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لابد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه [٣] . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم ، وذلك أن

---

(١) مذهب الشافعي ، وأحمد أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح . وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه . وقال مالك : وأبو حنيفة : له ذلك لقوله تعالى : ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم** ﴾ ولأنه يملك رقبته ، فملك إجباره على النكاح كالأمة ، ولأنه يملك إجارته ، فأشبه الأمة .

وللشافعي ، وأحمد أنه مكلف يملك الطلاق ، فلا يجبر على النكاح كالحر ولأن النكاح خالص حقه .

(٢) تقدم تخريج الحديث . قال ابن قدامة : فلا نعلم فيه خلافاً بين العلماء في أن إذنها الكلام .

(٣) البكر الصغيرة إذا زوجها أبوها ، فالنكاح ثابت ، وإن كرهت . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز . إذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهتها ، وامتناعها .

ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لا تُنكح اليتيمةُ إلا بإذنها »[١] وقوله « تُستأمر اليتيمةُ في نفسها »[٢] خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث

= أما البكر البالغة العاقلة ، فعن أحمد روايتان :

إحداهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحق .

والثانية : ليس له ذلك ، واختارها أبو بكر ، وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر .

وليس لغير الأب إجبار كبيرة ، ولا تزويج صغيرة ، سواء كان جداً أم غيره ، وبهذا قال مالك ، وأبو عبيد ، والثوري ، وابن أبي ليلى وبه قال أحمد . وقال الشافعي : الجد كالأب يجوز أن يجبرها . وقال الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس ، وقتادة ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة : لغير الأب تزويج الصغيرة ، ولها الخيار ، إذا بلغت ، وقال غير أبي حنيفة ، إذا زوج الصغيرين غير الأب ، فلهما الخيار ، إذا بلغا . انظر (المغني ٤٨٩/٦) وقال الحافظ : عند ترجمة البخاري (باب لا يُنْكح الأب وغيره ، البكر والثيب إلا برضاهما) في هذه الترجمة أربع صور : تزويج الأب البكر ، وتزويج الأب الثيب ، وتزويج غير الأب البكر ، وتزويج غير الأب الثيب ، وإذا اعتبرتَ الكِبَر ، والصِغَر ، زادت الصور : فالثيب البالغ لا يزوجها الأب ولا غيره وإلا برضاها اتفاقاً إلا من شذ . والثيب غير البالغ اختلف فيها : فقال مالك ، وأبو حنيفة ، يزوجها أبوها ، كما يزوج البكر ، وقال الشافعي : وأبو يوسف ، ومحمد : لا يزوجها الأب ، ولا غيره إذا زالت البكارة بالوطء ، لا بغيره ، والعلة عندهم أن إزالة البكارة تزيل الحياء الذي في البكر ، والبكر البالغ يزوجها أبوها ، وكذا غيره من الأولياء ، واختلف في استئمارها .. رقد ألحق الشافعي الجد بالأب . وقال أبو حنيفة ، والأوزاعي في الثيب الصغير : يزوجها كل ولي ، فإذا بلغت ، ثبت لها الخيار . وقال أحمد : إذا بلغت تسعاً ، جاز للأولياء غير الأب نكاحها . انظر (الفتح ١٥٧/٩)

(١) بهذا اللفظ رواه أحمد ، والدارقطني ، وهي جملة من حديث طويل رواه ابن عمر في يتيمة عثمان ابن مظعون عندما زوجها عمها ، فأبت البنت ، وأمها ، ورفعوا ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فقال : «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها» . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣٨/٦) .

(٢) بهذا اللفظ رواه أحمد عن أبي موسى قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت ، فقد أذنت ، وإن أبت لم تُكْره » . انظر (منتقى الأخبار ١٣٧/٦) .

ابن عباس المشهور « والبكر تستأمر » [١] يوجب بعمومه استئمار كل بِكْر .

والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « والبكر يستأذنها أبوها » [٢] وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكاً وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح ، وقال الشافعي : لا يجبرها ، وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، وقول إنه يجبرها وإنْ بلغت ، وهو قول سحنون ، وقول إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام ، والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار ، وغيره عنه [٣] .

---

(١) حديث ابن عباس تقدم تخريجه . وبهذا اللفظ من رواية لأحمد ، ومسلم ، وأبي داود والنسائي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣٧/٦) .

(٢) هذه رواية لمسلم « والبكر يستأذنها أبوها في نفسها » انظر (الفتح ١٥٨/٩) .

(٣) بالنسبة لمذاهب الأئمة فقد تقدم بالتفصيل ، أما بالنسبة لأصحاب مالك ، فانظر (الكافي ٤٢٨/١) لمذهب مالك .

قال ابن عبد البر : وللرجل أن يزوج ابنته الصغيرة بكراً أو ثيباً ما لم تبلغ المحيض بغير إذنها ، وكذلك عند مالك له أن يزوج البكر البالغ كما يزوج الصغيرة على النظر لها بغير إذنها ، ولا أرى للبكر مع أبيها ويستحب لأبي البكر البالغ أن يستأمرها قبل العقد عليها ، وليس بواجب ، وإن زوجها ، وهي بكر بالغ كفؤاً بغير إذنها جاز عليها كما يجوز على الصغيرة .

واختلف قول مالك في البكر المعنسة . وهي التي ارتفعت سنها وعرفت مصالحها ، فروي عنه أنها كالبكر الحديثة السن ، وروي عنه أنها كالثيب .

فأما الثيب البالغ ، فلا يعقد عليها نكاحاً إلا بإذنها ، كما لا يزوجها غيره من أوليائها ، ولا فرق عند مالك بين الموطوءة بزنى ، أو بنكاح فاسد ، أو صحيح قبل البلوغ ، إذا انصرفت إلى أبيها بطلاق قبل بلوغها . وإن وطئت البكر البالغ وطئاً يوجب المهر والعدة ، فقد صارت ثيباً ، وإن وطئت بفجور ، فهي بمنزلة البكر ، فإن زوج الرجل ابنته الثيب بغير إذنها ، فلمالك قولان : **أحدهما** : أن النكاح باطل . **والآخر** : أنه إن أجازته بالقرب جاز وإن ردته . بطل . انظر (الكافي ٤٢٧/١) .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا بإذنها » يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لا تُنْكَحُ الأَيِّم حتى تُستأمر ولا تُنكح حتى تستأذن » يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر : وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافاً شاذًّا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في مُوجب الإجبار هل هو البكارة أو الصِغَر ؟ فمن قال الصغر قال . لا تجبر البكر البالغ ، ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ، ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة ، والثاني تعليل الشافعي ، والثالث تعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة .

واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو مِلْك ، وأنها لا تكون بزنا ولا بغَصْب ، وقال الشافعي : كل ثيوبة ترفع الإجبار[1] . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة

(١) الثيب المعتبر نطقها ، هي الموطوءة في القبل ، سواء كان الوطء حلالاً ، أو حراماً ، وهو مذهب الشافعي ، وأحمد .

وقال مالك ، وأبو حنيفة : في المصابة بالفجور ، حكمها حكم البكر في إذنها ، وتزويجها ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته ، وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله . انظر (المغني ٤٩٥/٦) وقد تقدم مذهب مالك في هذه المسئلة وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بإصبع أو عود ، ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار . وكذلك لو وطئت في الدبر لم تصر ثيباً . انظر (المغني ٤٩٥/٦) .

والسلام « الثَّيِّبُ أحق بنفسها من وَلِيِّها » بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية ؟ واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى عليها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه »[١] إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة .

واختلفوا من ذلك في مسألتين : **إحداهما** : هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ **والثانية** : هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعي : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ، وقال مالك : لا يزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عَيَّنَ الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد ، وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت[٢] . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبِكْر تُستأمر وإذنها صِماتها » يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذي ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوماً منهم النظر والمصلحة لوليَّتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى ، فمنهم من

---

(١) الحديث متفق عليه . وفي رواية « تزوجها ، وهي بنت سبع سنين ، وزُفَّتْ إليه ، وهي بنت تسع سنين » رواه أحمد ومسلم . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٣٦/٦) .
قال الحافظ : وليس بواضح الدلالة . بل يحتمل أن يكون قبل ورود الأمر باستئذان البكر . وهو الظاهر ، فإن القصة وقعت بمكة قبل الهجرة وفي الحديث دليل أيضاً على أنه يجوز للأب أن يزوج ابنته قبل البلوغ . قال المهلب : أجمعوا أنه يجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة البكر ، ولو كانت لا يوطأ مثلها ، إلا أن الطحاوي حكى عن ابن شبرمة منعه فيمن لا توطأ ، وحكى ابن حزم عن ابن شبرمة مطلقاً أن الأب لا يزوج ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن . وزعم أن ذلك كان من خصائص النبي ﷺ . ويقابله تجويز الحسن ، والنخعي للأب أن يجبر ابنته كبيرة كانت ، أو صغيرة بكراً كانت أو ثيباً . انظر (نيل الأوطار ١٣٦/٦) .

(٢) تقدم الكلام على هذه المسئلة .

ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق بـه الجـد فقـط ، لأنـه في معنى الأب إذ كان أباً أعلى ، وهو الشافعي ، ومن قَصَر ذلـك على الأب رأى أن مـا للأب في ذلك غير موجود لغيره ، إمّا من قِبَلِ أن الشرع خصه بذلك وإمّـا من قِبَلِ أنّ ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره ، وهو الذي ذهب إليه مالك رضي الله عنـه ، ومـا ذهب إليـه أظهر « والله أعلم » إلا أن يكـون هنـاك ضرورة . وقـد احتج الحنفيـة بجواز إنكاح الصغـار غير الآبـاء بقـولـه تعـالى : ﴿ وإنْ خِفْتُمْ ألاّ تُقْسِطوا في اليَتامَىٰ فانكِحُوا ما طَابَ لَكُم مِّن النِّساءِ ﴾ [١] قال : واليتيم لا ينطلق إلا على غير البالغة .

والفريق الثاني قالوا : ان اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هي من أهل الأذن وهي البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ، وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة في نفسهـا » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقـولـوا : أن هـذا حكم اليتيمـة التي هي من أهـل الاستئمـار ، وأمـا الصغيرة فمسكوت عنها .

وأما : هل يزوج الولي غير الأب الصغير ؟ فإن مالكاً أجازه للوصى ، وأبـا حنيفة أجازه للاولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلـك مـالـك . وقـال الشـافعي : ليس لغير الأب إنكاحـه [٢] وسبب اختلافهم

---

(١) النساء آية ٢ .

(٢) للأب ، أو وَصِيّه تزويج الصغير ، قال ابن المنذر : هو مذهب مـالـك ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحق ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . قال ابن قدامة : لا نعلم خلافـاً بين أهل العلم ؛ لما روي أن ابن عمر زوج ابنه ، وهو صغير ، فاختصما إلى زيـد ، فـأجـازاه جميعـاً . رواه الأثرم بإسناده .

وليس لغير الأب ، أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه عند أحمد .

وقال الشافعي : يملك ولي الصبي تزويجه ، ليـألف حفـظ فرجـه . انظر (المغني ٤٩٩/٦) وانظر (تحفة الفقهاء ٢٢١/٢) لمذهب أبي حنيفة .

قياس غير الأب في ذلك على الأب . فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يجز ذلك ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك . ومن فرّق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

وأما الموضع الثالث : وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور يجوز[١] . والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التى يجوز فيها الخيار ، أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل ، أو نقول إن أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والأنكحة لاغرر فيها ، لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ، ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازه قوم[٢] وذلك مثل أن يُنْكِحَ الوليُّ امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، وممن منعه مطلقاً الشافعي ، وممن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

---

(١) قال ابن قدامة : ولا يثبت في النكاح خيار ، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحداً خالف في هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه .
هكذا ذكر ابن قدامة ، ولم يذكر مخالفاً لذلك ، فيصبح إجماعاً .

(٢) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٠٧) لمذهب مالك . قال ابن جزي : فإن تراخى فيه القبول عن الإيجاب يسيراً جاز . وقال الشافعي : لا يجوز مطلقاً . وأجازه أبو حنيفة مطلقاً .
وعند أحمد إذا تراخى القبول عن الإيجاب ، صح مادام في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره ، فإن تفرقا قبل القبول ، بطل الإيجاب ، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه ، لأنه مُعْرِضٌ عن العقد أيضاً بالانشغال عن قبوله . انظر (المغني ٥٣٥/٦) وانظر (الكافي ٤٣٢/١) لمذهب مالك في الذي زوج امرأة بغير إذنها ثم علمت ، فأجازته بقرب ، جاز ذلك ، وإلا لم يجز .

الركن الثـاني : في شروط العقـد ، وفيـه ثلاثـة فصول : **الفصل الأول :** في الأولياء . **والثاني :** في الشهود . **والثالث :** في الصداق .

الفصل الأول

في الأولياء

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة : **الأول :** في اشتراط الولاية في صحـة النكاح . **المـوضـع الثـاني :** في صفـة الـوليّ . **الثـالث :** في أصنـاف الأوليـاء وترتيبهم في الولايـة . ومـا يتعلـق بـذلـك . **الرابـع :** في عضـل الأوليـاء من يلونهم ، وحكم الاختلاف الواقع بين الوليّ والمولى عليه .

الموضع الأول : اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحـة النكاح أم ليست بشرط ؟ فـذهب مـالـك إلى أنـه لا يكـون النكاح إلا بـولي ، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قـال الشـافعي ، وقـال أبو حنيفـة وزُفَر والشعبي والزهري : إذا عقدت المرأة نكاحهـا بغير ولي وكان كفؤاً جـاز ، وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعـدم اشتراطـه في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مـالـك في الولايـة قول رابع : أن اشتراطهـا سنـة لا فرض ، وذلــك أنــه روي عنــه أنــه كان يرى الميراث بين الـزوجين بغير ولي ، وأنــه يجـوز للمرأة غير الشريفــة أن تستخلف رجـلاً من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنـه عنـده من شروط التمام لا من شروط الصحــة بخلاف عبـارة البغــداديين من أصحاب مالك .

أعني أنهم يقـولـون إنهــا من شروط الصحــة لا من شروط التمام [١] وسبب

---

(١) النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملـك المرأة تزويج نفسهـا ، ولا غيرهـا ، ولا توكل غير وليهـا في تزويجهـا ، فـإن فعلت لم يصح النكاح ، وقـد روي هـذا عن عمر ، وعلي ، وابن مسعـود ، وابن =

اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة . وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ، لأن الأصل براءة الذمة . ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب مَنِ اشترط الولاية قوله تعالى : ﴿ **فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فلا تَعْضُلُوهُنَّ أن**

= عباس ، وأبي هريرة ، وعائشة رضي الله عنهم . وإليه ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وهو مذهب أحمد ، وروي عن ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ، وأبي صالح ، وأبي يوسف أنه لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي ، فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته .

وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها ، وغيرها ، وتوكل في النكاح لأن الله تعالى قال : ﴿ **ولا تَعْضُلُوهُنَّ أن يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ** ﴾ فأضاف النكاح إليهن . انظر (المغني ٤٤٩/٦) وانظر (نيل الأوطار ١٣٦/٦) قال ابن المنذر : إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك . أي أن المرأة لا تزوج نفسها .

وانظر (المحلى ٣٠/١١) لمذهب داود . ولكن ابن حزم يخالفه ، فمذهبه مذهب الجمهور ، فقد قال : ولا يحل للمرأة نكاح ـ ثيباً ، أو بكراً ـ إلا بإذن وليها . انظر (المصدر السابق ص٢٣) .

وقال الأوزاعي : إن كان الزوج كفؤاً ، ولها من أمرها نصيب ، ودخل بها ، لم يكن للولي أن يفرق بينهما .

وعن القاسم بن محمد في امرأة زوجت ابنتها بغير إذن أوليائها ، قال : إن أجاز الولاة ذلك إذا علموا ، فهذا جائز ، وروي عن الحسن نحو هذا كذلك .

وعن عبد الرزاق عن ابن جريج : أنه سأل عطاء عن امرأة نكحت بغير إذن ولاتها ، وهم حاضرون ، فقال : أما امرأة مالكة أمر نفسها إذا كان بشهداء ، فإنه جائز بغير أمر الولاة .

وصح عن ابن سيرين في امرأة ، لا ولي لها ، فولت رجلاً أمرها ، فزوجها قال : لا بأس بذلك ، المؤمنون بعضهم أولياء بعض . انظر (المحلى ٣٠/١١) ونقل ابن حزم عن زفر مثل قول أبي حنيفة .

يَنْكِحْن أَزْوَاجَهُنّ ﴾ (١) قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم في الولاية لما نهوا عن العَضْلِ . وقوله تعالى : ﴿ **ولا تُنْكِحوا المشركين حتى يُؤْمِنوا** ﴾ (٢) قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضاً .

ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة نكحت بغير إذْن وليها فنكاحها باطل [ثلاث مرات] وإنْ دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها . فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » خرجه الترمذي (٣) وقال فيه : حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية

(١) البقرة آية ٢٣٢ .

(٢) البقرة آية ٢٢١ .

(٣) حديث عائشة « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها .. » رواه الخمسة إلا النسائي ورواه أبو داود والطيالسي . انظر (منتقى الأخبار ١٣٥/٦) .

قال الشوكاني : وأخرجه أيضاً أبو عوانة ، وابن حبان ، والحاكم وحسنه الترمذي ، وقد أُعِلَّ بالإرسال ، وتكلم فيه بعضهم من جهة ابن جريج قال : ثم لقيت الزهري ، فسألته عنه ، فأنكره ، وقد عد أبو القاسم ابن منده عدة من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلاً وذكر أن معمراً ، وعبيد الله بن زحر تابعاً ابن جريج على روايته إياه عن سليمان ابن موسى ، وأنَّ قُرّة ، وموسى بن عقبة ، ومحمد بن إسحق ، وأيوب بن موسى ، وهشام بن سعد ، وجماعة تابعوا سليمان بن موسى عن الزهري . قال : ورواه أبو مالك الجني ، ونوح بن درّاج ، ومندل ، وجعفر ابن برقان ، وجماعة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة . وقد أعل ابن حبان ، وابن عدي ، وابن عبد البر ، والحاكم ، وغيره الحكاية عن ابن جريج إنكار الزهري ، وعلى تقدير الصحة لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وَهِمَ فيه . انظر (نيل الأوطار ١٣٥/٦) .

وعن أبي موسى رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي » أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة ، وصححه ابن حبان ، والحاكم . لكن قال الترمذي بعد أن ذكر الخلاف فيه ، وإن من جملة من وصله إسرائيل عن أبي إسحق عن أبي بردة عن أبيه ومن جملة من أرسله شعبة ، وسفيان الثوري عن أبي إسحق عن أبي بردة ، ليس فيه أبو موسى رواية ، ومن رواه موصولاً أصح ، لأنهم سمعوه في أوقات مختلفة ، وشعبة ، وسفيان ، وإن كانا أحفظ ، وأثبت من جميع من رواه عن أبي إسحق لكنهما سمعاه في وقت واحد ، ثم ساق من طريق أبي داود الطيالسي عن شعبة ، قال : سمعت سفيان الثوري يسأل أبا إسحق : أسمعت أبا بردة يقول : قال

من الكتاب والسنة . فقوله تعالى : ﴿ **فلا جُنَاحَ عَلَيْكُم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهِنّ بالمعْرُوف** ﴾ [١] قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال : ﴿ **أن يَنْكِحْنَ أَزْواجهن** ﴾ وقال تعالى ﴿ **حتى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْره** ﴾ [٢] وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « الأيم أحقُّ بنفسها من وَليِّها ، والبكْر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » [٣] وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع .

= رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي » قال : نعم ، وإسرائيل ثَبْتٌ في أبي إسحق ثم ساق من طريق ابن مهدي . قال : ما فاتني الذي فاتني من حديث الثوري عن أبي إسحق ، إلا لما اتكلت به على إسرائيل ، لأنه يأتي أتم ، وأخرج ابن عدي المديني ومن طريق البخاري ، والذهلي ، وغيرهم أنهم صححوا حديث إسرائيل ، ومن تأمل ما ذكرته عرف أن الذين صححوا وصله : لم يستندوا في ذلك إلى كونه زيادة ثقة فقط ، بل للقرائن المذكورة المقتضية لترجيح رواية إسرائيل الذي وصله على غيره . على أن في الاستدلال بهذه الصيغة في منع النكاح بغير ولي نظراً لأنها تحتاج إلى تقدير ، فمن قدَّره نفيَ الصحة استقام له ، ومن قدَّره نفيَ الكمالِ ، عكر عليه ، فيحتاج إلى تأييد الاحتمال الأول بالأدلة . انتهى كلام الحافظ . انظر (الفتح ١٠٥/٩) .

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة . ولا تزوج المرأة نفسها » فإن الزانية هي التي تزوج نفسها . رواه ابن ماجة ، والدارقطني ، والبيهقي . قال الشوكاني : قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبي هريرة . وقال الحافظ : رجاله ثقات وفي لفظ للدارقطني « كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية » قال الحافظ : فتبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة . وكذلك رواها البيهقي مرفوعة في طريق ، ورواها مرفوعة في أخرى ، وفي الباب عن ابن عباس عند أحمد ، وابن ماجة ، والطبراني بلفظ « لا نكاح إلا بولي » وفي إسناده الحجاج بن أرطاة ، وهو ضعيف ، مداره عليه . قال الحافظ : وغلط بعض الرواة ، فرواه عن ابن المبارك عن خالد الحذّاء عن عكرمة . والصواب حجاج بدل خالد . وعن أبي بردة عند أبي داود الطيالسي بلفظ حديث ابن عباس . وعن غيرهما . انظر (نيل الأوطار ١٣٥/٦) .

(١) البقرة آية ٣٤ .

(٢) البقرة آية ٢٣٠ .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

فأما قوله تعالى : ﴿ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فلا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعَصَبَتِها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد ، لا حقيقةً ولا مجازاً ، أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تُنْكِحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾ [1] هو أن يكون خطاباً لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطاباً للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر ، فإن قيل إن هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو الخطاب بالمنع ، والمنع بالشرع ، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً أو قريباً من التواتر . لأن هذا مما تعم به البلوى ، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا وليّ له ، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا يُنَصِّبُ لذلك من يعقدها ، وأيضاً فإن المقصود من الآية ليس هو حكم وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم .

وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن مالا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي : أعنى المولى عليها ، وإن

---

(١) البقرة : ٢٢١ .

سلمنا أنه عـام في كل امرأة فليس فيـه أن المرأة لا تعقـد على نفسهـا ، أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقـد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إشهاد الولي معها . وأمـا مـا احتج به الفريق الآخر من قولـه تعـالى : ﴿ **فَلاَ جُنَـاحَ عَلَيْكُم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهِنَّ بالمعْروف** ﴾ [(١)] فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعلـه دون أوليائهن ، وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد بـه المرأة دون الولي إلا عقـد النكاح . فظـاهر هـذه الآيـة ـ والله أعلم ـ أن لهـا أن تعقـد النكاح ولـلأوليـاء الفسـخ إذا لم يكن بـالمعروف وهـو الظـاهر من الشرع إلا أن هـذا لم يقـل بـه أحد ، وأن يُحْتَجَّ ببعضِ ظاهرِ الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف .

وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصـاصهن بـالعقـد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ، لأنـه إذا كان كل واحـد منهما يُستـأذن ويتولى العقـد عليهما الـولى فبماذا لَيْتَ شِعْري تكـون الأيم أحـق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقاً هـذا الحـديث أحرى من أن يكـون معـارضـاً لـه ، ويحتمـل أن تكـون التفرقـة بينهما في السكـوت والنطق فقـط ، ويكون السكوت كافيـاً في العقـد والاحتجـاج بقولـه تعـالى : ﴿ **فلا جُنـاحَ عليكم فيما فَعَلْنَ في أَنْفُسِهِنَّ بـالمعروف** ﴾ هـو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجـاج بقولـه : ﴿ **ولا تُنْكِحوا المشْرِكينَ حَتّى يُؤْمِنوا** ﴾ [(٢)] على أن الولي هو الذي يلي العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري .

وحكى ابن عُلَيَّة عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنـه فلم يعرفـه ، قـالوا : والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ، ولا الولاية من مـذهب

(١) البقرة آية ١٣٤ .

(٢) البقرة آية ٢٢١ .

عائشة . وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[1] ولكنه مختلف في رفعه . وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد « في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن يُنكحها إياه »[2] . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد في المرأة اكْتُفِي به في عقد النكاح كما يُكتفى

---

(١) بهذا اللفظ « لا نكاح إلا بولي ، وشاهِدَيْ عدل » ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله عن عمران بن حصين ، وأشار إليه الترمذي ، وأخرجه الدارقطني ، والبيقهي في العلل من حديث الحسن عنه ، وفي إسناده عبد الله بن محرز ، وهو متروك . ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلاً ، وقال : هذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٤٣) وعن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي ، وشاهِدَيْ عدل ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الدارقطني ، وأخرجه البيهقي من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن عيسى بن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة كذلك ، وقد توبع الرقي عن عيسى ورواه سعيد بن خالد بن عبد الله بن عمرو بن عثمان ، ويزيد بن سنان ، ونوح بن دراج ، وعبد الله بن حكيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك . وقد ضعف ابن مَعِين ذلك كله ، وأقره البيهقي .

أما حديث ابن عباس الذي أشار إليه المؤلف فهو بلفظ « لا نكاح إلا بولي مرشد ، وشاهدي عدل » رواه الشافعي والبيهقي من طريق أبي خيثم عن سعيد بن جبير عنه موقوفاً قال البيهقي بعد أن رواه من طريق أخرى عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ « لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد ، أو سلطان » قال : والمحفوظ الموقوف ، ثم رواه من طريق الثوري عن أبي خيثم به ، ومن طريق عدي بن الفضل عن أبي خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ « لا نكاح إلا بولي ، وشاهدي عدل ، فإن نكحها ولي مسخوط عليه ، فنكاحها باطل » ، وعدي بن الفضل ضعيف . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٤٣) .

(٢) حديث أم سلمة رواه أحمد ، والنسائي بلفظ « أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهداً ، فقال رسول الله ﷺ : ليس أحد من أوليائك شاهداً ، ولا غائباً يكره ذلك ، فقالت لابنها : ياعمر : قم ، فزوج رسول الله ﷺ ، فزوجه » وقد استدل به الجمهور . والحديث قد أعل بأن عمر المذكور عند تَزَوُّجِهِ ﷺ بأمه ، كان صغيراً ، له من العمر سنتان ، لأنه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة ، وتزوجه ﷺ بأمه كان سنة أربع من الهجرة ، قيل : وأما رواية « قم ياغلام فزوج أمك » فلا أصل لها . انظر (نيل الأوطار مع منتقى الأخبار ٦/ ١٤١) .

به في التصرف في المال ، ويشبه أن يقال إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجوزة في المعنى على التأبيد ، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحِسْبة ، والمسألة محتملة كما ترى ، ولكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبيَّنَ جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تَأَخُّرَ البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه ـ عليه الصلاة والسلام ـ تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن يُنْقَل اشتراطُ الولايةِ عنه ﷺ تواتراً أو قريباً من التواتر ثم لم يُنْقل ، فقد يجب أن يُعْتَقَدَ أحدُ أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وإنما للأولياء الحِسْبة في ذلك ، وإما إنْ كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

الموضع الثاني : وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية : الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوالبها أضداد هذه : أعني الكُفْر والصِغَر والأنوثة . واختلفوا في ثلاثة : في العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوّزها أبو حنيفة (١) . وأما الرشد فالمشهور في المذهب : أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها ، وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي ، وبقول الشافعي قال أشهب وأبو معصب (٢) .

---

(١) لا ولاية للعبد في قول جماعة أهل العلم ، وقال أصحاب الرأي : يجوز أن يزوجها العبد بإذنها . انظر (المغني ٦/ ٤٦٥) .

(٢) البلوغ شرط في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري ، والشافعي وإسحق ، وابن المنذر ، وأبو ثور ، وهو ظاهر مذهب أحمد ، وعنه رواية أخرى : أنه إذا بلغ عشراً زوج ، وتزوج ، وطلق ، وأجيزت وكالته . انظر (المغني ٤٦٥/٦) .

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيداً في المال ، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لابد من الرشيد في المال ، وهما قسمان كما ترى . أعني أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى : أعني هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال إن الحالة التي بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع [١] وتلك العدالة الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

الموضع الثالث : وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل . ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصيّ . فقال مالك : يكون الوصي وليّاً ، ومنع ذلك الشافعي [٢] وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يُستناب فيها ، أم

---

(١) العدالة ليست شرطاً في قول مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، ورواية عن أحمد ، لأنه يلي نكاح نفسه ، فثبتت له الولاية على غيره كالعدول ، ولأن سبب الولاية القرابة . وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر ، فيلي كالعدل ، والرواية الثانية عن أحمد أنها شرط ، وهو قول الشافعي ، وذلك روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ «لا نكاح إلا بولي مرشد ، وشاهِدَيْ عدل » قال أحمد : أصح شيء في هذا قول ابن عباس ، وروى البرقاني عن جابر مثل حديث ابن عباس ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال . انظر (المغني ٦/ ٤٦٦) .

(٢) قال ابن جزي : وأما الولاية العامة (الإسلام) فتجوز في المذهب إذا تعذرت الولاية الخاصة ، فأما مع وجودها ، فقيل : لا تجوز أصلاً ، وفاقاً لهم ، وقيل : تجوز في الدَّنِيَّة التي لا خطر لها ، وكل أحد كُفء لها بخلاف غيرها . (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١٠) لمذهب مالك ، و (الكافي ٤٣١/١) وانظر (المصدر السابق) في أن الوصي له الولاية ، وله الإجبار كالأب عند مالك ، واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروي أنها تُستفاد بها ، وهو اختيار الخرقي من الحنابلة ، وهو قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ، ومالك ، =

ليس يمكن ذلك ؟

ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور على جوازها ، إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ، لأن الوصي وكيل بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب[1] . فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عَصَبَةً كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإنْ سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم . ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا .

وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ ، وابنه ليس من أصل ، ثم العمومة على ترتيب الإخوة وإنْ سَفُلوا ثم المولى ثم السلطان . والمولى

= وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري ، والشعبي ، والنخعي ، والحارث العكلي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً ، فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ، ولأنه ضرر على الوصي في تضييعها ، ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم .

وللقول الأول : أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته بها كولاية المال ، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته ، فيكون نائباً عنه قائماً مقامه بعد موته ، فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال . انظر (المغني ٦/ ٤٦٤) .

(١) عند الشافعي ، وأحمد أولى الناس بتزويجها أبوها ، ولا ولاية لأحد معه وهو المشهور عن أبي حنيفة . وقال مالك ، والعنبري ، وأبو يوسف وإسحق ، وابن المنذر ، الابن أولى ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى بالميراث ، وأقوى تعصيباً ، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .

وحجة القول الأول : أن الولد موهوب لأبيه ، وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً ، وأشد شفقة ، فوجب تقديمه في الولاية ، كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه ، وجنونه . انظر (المغني ٦/ ٤٥٧) والجد أب الأب ، وإن علت درجته ، فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، وهو قول الشافعي ، ورواية عن أحمد ، وعنه رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد ، وهو قول مالك ، ومن وافقه ، وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقدم على الجد ، وهو قول مالك ، وعن أحمد أن الجد ، والأخ سواء لاستوائهما في الميراث . وانظر لمذهب مالك (الكافي ١/ ٤٢٩) .

الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب : أعني وصي الأب . واختلف أصحابه فيمن هو أولى : وصي الأب أو ولي النسب ؟

فقال ابن القاسم : الوصي أولى ، مثل قول مالك ، وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم : الولي أولى . وخالف الشافعي مالكاً في ولاية البنوة فلم يجزها أصلاً ، وفي تقديم الإخوة على الجد فقال : لا ولاية للابن ، ورُوي عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ، وقال أيضاً : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ، والشافعي اعتبر التعصيب ، أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر « لا ينكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأى من أهلها أو السلطان » [١] ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة « أن النبي ﷺ أمر ابنها أن ينكحها اياه » [٢] ولأنهم اتفقوا : أعني مالكاً والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة .

وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب : هل الجد أو الأخ ؟ **ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة : أحدها : إذا زَوَّجَ الأبعد مع حضور الأقرب والثانية : إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟ والثانية : إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟**

فأما المسألة الأولى : فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إنْ زوَّج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته ، فإنه لا يختلف قوله أن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي

(١) هذا أثر عن عمر رواه البيهقي في السنن الكبرى .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

المحجورَةَ مع حضور الوصي ، وقال الشافعي : لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بِكْر ولا في ثَيِّب [١] .

وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي : أعني ثابتاً بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟ وإنْ كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ، ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجازه الولي جاز ، وإن لم يجزه انفسخ ، ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب : أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

وأما المسألة الثانية : فإن مالكاً يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ، وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان . وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت [٢] .

* * *

---

(١) انظر هذه الأقوال عن مالك (الكافي ٤٣/١) .
وعند الشافعي ، وأحمد إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب ، فأجابته إلى تزويجها من غير إذن الأقرب ، لا يصح . وقال مالك : يصح ، لأن هذا ولي له أن يزوجها بإذنها كالأقرب . انظر (المغني ٤٧٣/٦) .

(٢) إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة ، فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، وقال الشافعي : يزوجها الحاكم . وعند مالك : يزوجها من يليه من الأولياء ، أو الحاكم انظر (المغني ٦/ ٤٧٩) و(الكافي ١/ ٤٣٠) لمذهب مالك .
واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة ، فقال بعضهم : كقول القاضي ، وبعضهم قال : من الرَّيِّ إلى بغداد ، وبعضهم قال : من البصرة إلى الرَّقَّة .

وأما المسألة الثالثة : وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلاً واختلافاً ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغَيْبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يُخاف عليها من عدم الصَّوْنِ . وإما للأمرين جميعاً ، فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الوضع أو أسيراً وكانت في صَوْن وتحت نفقة ، أنها إنْ لم تَدْعُ إلى التزويج لا تُزَوّج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تُزَوَّجُ مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيداً ، فقيل تزوج وهو قول مالك ، وقيل لا تزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إنْ عدمت [1] النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضاً في هذه الأحوال الثلاثة : أعني في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر ، والجهل بمكانه ، وكذلك إنِ اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صون تزوج وإنْ لم تدع إلى ذلك ، ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يَبْعُدُ بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وإنْ كان الموضع قريباً .

وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ، فإن جعلت امرأةٌ أمرَها إلى وليَّيْن فزوجها كل واحد منهما ، فإنه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معاً ، ثم لا يخلو ذلك من أن يُعْلَمَ المتقدمُ

= واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم ، فقال بعضهم : مسافة القصر ، وقال بعضهم : يزوجها الحاكم وإن كان الولي قريباً ، وهو ظاهر نص الشافعي ، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة منقطعة أنه ينتظر ، ويراسل حتي يقدم ، أو يُوَكّل .

وإن كان القريب محبوساً ، أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته ، فهو كالبعيد . انظر (المغني ٦/ ٤٧٩) وانظر الأقوال التي ذكرها المؤلف لأصحاب مالك (الكافي ١/ ٤٣٠) .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (وإن عديت) والصواب ما أثبتناه .

أو لا يُعْلم ، فأما إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا إذا دخل الثاني ، فقال قوم : هي للأول ، وقال قوم هي للثاني ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ، وأما إنْ أنكحاها معاً فلا خلاف في فسخ النكاح فيا أعرف [١] . وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أيما امرأة أنكحها وليان فهى للأوّلِ منهما » فعموم هذا الحديث يقتضى أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل ، ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السِّلْعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إنْ لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ، وقال مالك : يفسخ مالم يدخل أحدهما ، وقال شريح : تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج ، وهو شاذ ، وقد روي عن عمر بن عبد العزيز .

* * *

الموضع الرابع : في عضل الأولياء : واتفقوا على أنه ليس للولي أن يَعْضُلَ وَلِيَّته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب [٢] . واختلفوا بعد هذا

---

(١) إذا أذنت المرأة لوليين ، فزوجاها معاً من رجلين ، أو من واحد بعد واحد ، فلم يعلم أيها قبل صاحبه ، فعند مالك كلاهما نكاحه مفسوخ قبل الدخول ، وفسخه بتطليقة ، وإن سبق أحدهما بالعقد كان أحق إلا أن يدخل الآخر ، فيكون أحق . انظر (الكافي ١/ ٤٣٢) وعند أحمد إذا زوجها الوليان لرجلين ، وعلم السابق منهما ، فالنكاح له ، دخل بها الثاني ، أو لم يدخل ، وهذا قول الحسن ، والزهري وقتادة ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي ، وبه قال عطاء . انظر (المغني ٦/ ٥١٠) .

(٢) معنى العضل : منع المرأة من التزويج بكفئها ، إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه .

قال معقل بن يسار : « زوجت أختاً لي من رجل ، فطلقها حتى انقضت عدتها ، جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك ، وأفرشتك وأكرمتك ، فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعود إليك أبداً ، وكان رجلاً لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله تعالى =

الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا على أن [١] للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر ، أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدّين [٢] ، ولم

= هذه الآية : ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ فقلت : الآن أفعل يارسول الله ، قال : فزوجها إياه » رواه البخاري . ومذهب أحمد سواء طلبت التزويج بمهر مثلها ، أو دونه ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها ، لأن عليهم في ذلك عاراً ، وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلهن .

أما إذا طلبت التزويج بغير كفئها ، فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلاً لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفئها ، كان له فسخ النكاح ، فلأن تمنع منه ابتداءً أولى . انظر (المغني ٦/ ٤٧٨) وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١١) لمذهب مالك .

(١) في جميع النسخ التي لدينا هكذا « أن للمرأة » ولعل الصواب « أن ليس للمرأة » فتأمل ذلك .

(٢) الكفاءة شرط عند أحمد ، وهي رواية عنه ، والرواية الثانية ليست بشرط ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيد بن عمير ، وحماد بن أبي سليمان ، وابن سيرين ، وابن عون ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي لقوله تعالى : ﴿ إنّ أكرَمَكُمْ عِندَ الله أتقاكُمْ ﴾ فقال أحمد على الرواية الأولى : لو تزوج المولى عربية ، وفرق بينهما ، وهذا قول سفيان ، وكذلك قال أحمد ، في الذي يشرب الشراب : ليس بكفء . انظر (المغني ٦/ ٤٨٠) .

قالت عائشة رضي الله عنها « إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً ، وأنكحه ابنة أخيه هنداً ابنة الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار » أخرجه البخاري و« أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه ، فنكحها بأمره » متفق عليه ، وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية .

وقال ابن مسعود لأخته « أنشدك الله أن لا تتزوجي إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً ، أو أسود حبشياً » قال ابن قدامة : اختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة ، فعنه هما شرطان : الدين ، والنسب ، وعنه أنها خمسة : هذان ، والحرية والصناعة ، واليسار . وذكر القاضي في المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة . وإنما الروايتان في الشرطين الأولين قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير ، لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يتعدى نقصه إلى الولد .

يختلف المذهب أن البِكْر إذا زوَّجها الأبُ من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زَوَّجَها ممن ماله حرام . أو ممن كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ، فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُم عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ (١) وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تُزوَّجُ العربية من مولى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية إلا من قرشي ، ولا عربية إلا من عربي . والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « تُنْكَحُ المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظْفَرْ بذاتِ الدِّين تَرِبَتْ يمينك » (٢) فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط

= وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر : هذا جملة مذهب مالك ، وأصحابه ، وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر عنه أنها الخمسة المذكورة ، والسلامة من العيوب الأربعة ، فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة ، والثوري ، والحسن بن حي إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة ، ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ، ويخرج ، ويسخر معه الصبيان ، فلا يكون كفؤاً . انظر (المغني ٦/ ٤٨٠) وانظر (نيل الأوطار ٦/ ١٤٦) وقد اعتبر الكفاءة في النسب الجمهور ، وقال أبو حنيفة : قريش أكفاء بعضهم بعضاً ، والعرب كذلك ، وليس أحد من العرب كفؤاً لقريش ، كما ليس أحد من غير العرب كفؤاً للعرب ، وهو وجه للشافعية .

لا أدري من أين جاءت هذه الشروط ، وأين مستندها ؟ أليس يكفي حجة قوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتقاكم ﴾ ؟ أليس الرسول الكريم المشرع قدوة للمسلمين ، وقد زوج فاطمة بنت قيس أسامة بن زيد مولاه ، وزوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش ، وهي قرشية ؟

(١) الحجرات آية ١٣ .

(٢) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي ، انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ١١٩) ومعنى « تربت يداك » أي لصقت يداك بالتراب ، وهي كناية عن الفقر قال الحافظ : وهو خبر بمعنى الدعاء ، لكن لا يراد به حقيقته ، وبهذا جزم صاحب العمدة ، وحكى ابن العربي أن المعنى استغنت ، ورد بأن المعروف أترب إذا استغنى ، وترب : إذا افتقر . وقيل : فيه شرط =

لقوله عليه الصلاة والسلام « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ، ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع . وهو كون الحُسْن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهةٍ مّا ، ولم يختلف المذهب أيضاً أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعني إذا كان فقيراً غير قادرٍ على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة .

وأما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الأَمَةِ إذا عتقت . وأما مهر المثل فإن مالكاً والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المِثْل : أعني البِكْر ، وأنَّ الثَّيِّبَ الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ، وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة[1] . وسبب اختلافهم أما في الأب فلاختلافهم هل له أن

= مُقَدّر : أي وقع لك إن لم تفعل ، ورجحه ابن العربي . وقيل : تربت : خابت .

قال القرطبي : معنى الحديث أن هذه الخصال الأربع هي التي ترغب في نكاح المرأة لأجلها ، فهو خبر عما في الوجود من ذلك ، لا أنه وقع الأمر به ، بل ظاهره إباحة النكاح لقصد كل من ذلك قال : ولا يظن من هذا الحديث أن هذه الأربع يؤخذ منها الكفاءة : أي تنحصر فيها فإن ذلك لم يقل به أحد فيا علمت ، وإن كانوا اختلفوا في الكفاءة ما هي ؟ . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٢٠) .

والذي نختاره قول من قال : إن هذه الخصال ، هي خبر عما في الوجود ، لا أنه وقع الأمر بذلك : أي أن ذلك في عرف الناس ، واختيارهم ولكن الشرع لا يعترف ، ولا يقر إلا بواحدة ، وهي ذات الدين ، ولا مانع ، إذا اجتمعت الخصال الأخرى مع الدين .

وكذلك نختار قول من قال في قوله (تربت) أن فيه شرطاً مقدراً أي : افتقرت إذا لم تحسن اختيار ذات الدين . أما القول أن « تربت » بمعنى استغنت ، فذلك لا يصح ، لأن « ترب » يأتي بمعنى افتقر . وأترب بمعنى استغنى . وقد مرّ بنا حديث الرسول الكريم في حديث فاطمة بنت قيس « أما معاوية فرجل ترب » أي لا مال له من « ترب » والغني « مُتْرِب » من أترب يُتْرِب . والله أعلم .

(١) تقدم الكلام في هذه المسئلة قبل قليل .

يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا ؟ وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتهم المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح ، والصداق من أسبابه ؟ وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، ولكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهي هل يجوز للولي أن يُنْكِحَ وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم والشاهد ، أعني أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك [١] ولا أعلم له حجة في ذلك إلا ما روي من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير وليٍّ » [٢] لأن ابنها كان صغيراً ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » [٣] . والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي ﷺ أنها على

---

(١) إذا كان المتزوج ولياً للمرأة ، وأراد أن يتزوجها ، فهل يتولى طرفي العقد بنفسه ؟
منهم من أجاز ذلك ، وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، وربيعة ، ومالك والثوري ، وأبي حنيفة ، وإسحق ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وهي رواية عن أحمد . لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط : « أتجعلين أمرك إليَّ ؟ قالت : نعم ، قال : تزوجتك » ولأنه يملك الإيجاب والقبول ، فجاز أن يتولاهما .
وقال الشافعي في ابن العم والمولى : لا يزوجها إلا الحاكم ، ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ، كالبيع ، ولا أن يوكل من يزوجه ، لأن وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالإذن ، فلا يتولى طرفيه ، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء ، لأنه لا ولاية لهم مع وجوده ، وهي رواية عن أحمد ، ووافق الشافعي زفر ، وداود . انظر (الفتح ٩/ ١٥٤) و(المغني ٦/ ٤٧٠) .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) حديث عتق صفية ، وزواجها منه ﷺ . رواه الجماعة إلا الترمذي ، وأبا داود ولفظه « أن النبي ﷺ أعتق صفية ، وتزوجها ، فقال له ثابت : ما أصدقها ؟ قال : نفسها ، أعتقها ، وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها » رواه الدارقطني . وفي لفظ « اعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها » رواه أحمد ، والنسائي ، وأبو داود ، والترمذي وصححه عن أنس رضي الله . عنه انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٧٥) .

=

الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى ﷺ ، ولكن تردد قوله في الإمام الأعظم .

* * *

= قال الشوكاني : وقد أخذ بظاهر ذلك من القدماء سعيد بن المسيب ، وإبراهيم النخعي ، وطاوس ، والزهري ، ومن فقهاء الأمصار الثوري ، وأبو يوسف ، وأحمد ، وإسحق ، وحكاه في البحر عن العترة ، والأوزاعي ، والشافعي ، والحسن بن صالح فقالوا : إذا أعتق أمته على أن يجعل عتقها صداقها ، صح العقد والعتق ، والمهر .

وذهب من عدا هؤلاء إلى أنه لا يصح أن يكون العتق مهراً ، ولم يحك هذ القول في البحر إلا عن مالك ، وابن شبرمة ، وحكي في موضع آخر عن أبي خنيفة ، ومحمد أنها تستحق مهر المثل ، لأنها صارت حرة ، فلا يباح وطؤها إلا بالمهر . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٧٥) .

الفصل الثاني

في الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد [١] ، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين وَوُصِّيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس بسر[٢] . وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن

---

(١) النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين ، روي ذلك عن عمر ، وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والنخعي ، وقتادة والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ورواية عن أحمد . وعنه رواية أنه يصح من غير شهود ، وفعله ابن عمر ، والحسن بن علي ، وابن الزبير ، وسالم وحمزة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبد الله بن إدريس ، وعبد الرحمن ابن مهدي ، ويزيد بن هارون ، والعنبري وأبو ثور ، وابن المنذر ، وهو قول الزهري ، ومالك إذا أعلنوه ، قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر . وقال ابن عبد البر : قد روي عن النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي ، وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس ، وأبي هريرة ، وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعفاً ، فلم أذكره . انظر (المغني ٤٥١/٦) و (نيل الأوطار ٦/ ١٤٤) ولا ينعقد بشهادة رجل ، وامرأتين ، وهو قول النخعي ، والأوزاعي ، والشافعي وأحمد .

ويروى عن أحمد أن ذلك جائز ، وهو قول أصحاب الرأي ، ويروى عن الشعبي . وينعقد عند أحمد بشهادة عبدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا ينعقد

ولا ينعقد إلا بشهادة مسلمين ، سواء كان الزوجان مسلمين ، أو الزوج وحده نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا كانت المرأة ذمية ، صح بشهادة ذميين .

فأما الفاسقان ، ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان عن أحمد **إحداهما** : لا ينعقد ، وهو مذهب الشافعي ، **والثانية** : ينعقد ، وهو قول أبي حنيفة . انظر (المغني ٤٥١/٦ وما بعدها) . وانظر (نيل الأوطار ١٤٤/٦) والحق كما ترى مع من قال بوجوب شهادة عدلين . والله أعلم .

(٢) انظر (المحلى ١١/ ٤٩) لمذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، وهو قول أبي سليمان يعني داود . وانظر (الشرح الصغير ٢/ ٣٨٢ مع حاشية الصاوي) لمذهب مالك .

قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ، ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس « لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد » [١] ولا مخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلاً في باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روي مرفوعاً ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده مجاهيل . وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقَيْن ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعني الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ، وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وُصِّي الشاهدان بالكتمان وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟ والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف » خرجه أبو داود [٢] ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ، ولو تقدمت فيه لرجمت [٣] . وقال أبو ثور وجماعة :

---

(١) تقدم تخريج الحديث والكلام عليه من جهة السند .

(٢) أعلنوا هذا النكاح .. « لم أجده في أبي داود ، كما ذكره المؤلف وإنما روى أحمد ، والحاكم وصححه عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : أعلنوا النكاح » وعامر تابعي سمع أباه ، وغيره ، مات سنة أربع وعشرين ومائة . وكذلك أخرج الترمذي عن عائشة « أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه بالغربال » أي الدف ، وفي رواته عيسى بن ميمون ، وهو ضعيف كما قاله الترمذي ، وأخرجه ابن ماجة ، والبيهقي ، وفي إسناده خالد بن إياس ، وهو منكر الحديث . قاله أحمد .

وأخرج الترمذي أيضاً عن عائشة ، وقال : حسن غريب « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف ، وَلْيُولِمْ أحدكم بشاة ، فإذا خطب أحدكم امرأة ، وقد خَضَبَ بالسواد فليعلمها ، ولا يغرها » .

قال الصنعاني : والأحاديث فيه واسعة ، وإن كان في كل منها مقال ، إلا أنها يعضد بعضها بعضاً . انظر (سبل السلام ٣/ ١١٤) .

(٣) رواه مالك في الموطأ . انظر (منتقى الأخبار ٦/ ١٤٣) .

ليس الشهود من شرط النكاح ، لا شرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن على ، روي عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن النكاح[١] .

---

(١) تقدم الكلام لمن اشترط الشهود ، ومن لم يشترطه .

الفصل الثالث

في الصداق *

والنظر في الصداق في ستة مواضع : **الأول** : في حكمه وأركانه .**الموضع الثاني** : في تقرر جميعه للزوجة . **الموضع الثالث** : في تشطيره . **الموضع الرابع** : التفويض وحكمه . **الموضع الخامس** : الأصدقة الفاسدة وحكمها . **الموضع السادس** : في اختلاف الزوجين في الصداق .

الموضع الأول : وهذا الموضع فيه أربع مسائل : **الأولى** : في حكمه . **الثانية** : في قَدْره . **الثالثة** : في جنسه ووصفه . **الرابعة** : في تأجيله .

المسألة الأولى : أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : ﴿ **وآتوا النِّساءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾ (١) وقوله تعالى : ﴿ **فانكِحُوهُنَّ بإذْنِ أَهْلِهِنَّ وآتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ (٢) .

* * *

المسألة الثانية : وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثر حدّ واختلفوا

---

* الأصل في الصداق الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، وللصداق تسعة أسماء ، الصَّداق ، والصَدَقَة ، والمَهْر والنحلة ، والفَرِيضَة ، والأَجْر ، والعَلائِق ، والعقر ، والحباء . وهو مأخوذ من الصدق ، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة .

(١) النساء آية ٤ .

(٢) النساء آية ٢٥ .

قول المؤلف : اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة فيه نظر لأنه يعني أن العقد لا يكون صحيحاً بدونه باتفاق العلماء ، وهذا ليس صحيحاً ، وإليك ما جاء في المذاهب بخصوصه :

قال ابن قدامة : وجملته : أن النكاح يصح من تسمية صداق في قول عامة أهل العلم . وقد دل على هذا قوله تعالى : ﴿ **ولا جُناحَ عليكم إنْ طَلَّقْتم النِّساءَ ما لم تَمَسُّوهُنّ أو تَفْرِضُوا لَهُنّ فَرِيضَةً** ﴾ ٢٣٦ البقرة . (المغني ٦/ ٧١٢) قال القرطبي : لما قسم الله حال المطلقة هنا قسمين : =

في أقله ، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمناً وقيمة لشيء جاز أن يكون صَداقاً ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور في ذلك مذهبان : **أحدهما** مذهب مالك وأصحابه . **والثاني** مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب [١] أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة ، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور ، وقيل أو ما يساوي أحدهما ،

= مطلقة مسمى لها المهر ، ومطلقة لم يسم لها ، دل على أن نكاح التفويض جائز وهو كل نكاح عقد من غير ذكر الصداق ، ولا خلاف فيه ، ويفرض بعد ذلك الصداق ، فإن فرض ، التحق بالعقد ، وجاز ، وإن لم يفرض لها ، وكان الطلاق ، لم يجب صداق إجماعاً . وحكى ابن العربي عن المهدوي عن حماد بن أبي سليمان أنه إذا طلقها ، ولم يدخل بها ، ولم يكن فُرِضَ لها أُجْبِر على نصف صداق مثلها . (القرطبي ٣/ ١٩٨) وقال ابن قدامة : ولو قال : زوجتك بغير مهر في الحال ، ولا في الثاني (المؤخر) صح أيضاً . المغني (٦/ ٧١٢) .

وقال النووي : قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح بخلاف المبيع والثمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع ، وتوابعه وهو قائم بالزوجين ، فهما الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر لكن المستحب تسميته . (الروضة ٧/ ٢٤٩) .

أما الأحناف ، فقال علاء الدين السمرقندي : إن المهر شرط جواز النكاح حتى لا يجوز النكاح بدون المهر ، حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر ، أو شرط أن لا مهر لها ، وأجازت المرأة فإن النكاح ينعقد ، ويجب مهر المثل عند أصحابنا . (تحفة الفقهاء) وقال ابن حزم : من تزوج ، فسمي صداقاً ، أو لم يسم ، فله الدخول بها ، أحبت ، أم كرهت ، ويقضي لها بما سمى لها - ولا يمنع من أجل ذلك من الدخول بها . (المحلى ١١/ ٨٧) .

ونقل ابن حزم عن مالك أنه لا يدخل عليها حتى يعطيها مهرها الحال ، فإن وهبته له ، أجبر على أن يفرض لها شيئاً آخر ، ولابد . (المحلى ١١/ ٨٨) ونقل عن أبي حنيفة : إن كان مهرها مؤجلاً ، فله أن يدخل بها ، أحبت ، أم كرهت ، حل الأجل ، أم لم يحل ، فإن كان الصداق نقداً ، لم يجز له أن يدخل بها حتى يؤديه إليها ، فلو دخل بها ، فلها أن تمنع نفسها منه حتى يوفيها جميع صداقها . (المحلي ١١/ ٨٩) مما ذكرنا من أقوال العلماء يتضح أنهم لم يجمعوا على أن الصداق شرط من شروط الصحة ، بحيث أنه لا يتم النكاح بدونه . والله أعلم .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (من المذهب) والصواب ما أثبتناه .

وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل خمسة دراهم . وقيل أربعون درهما [١] وسبب اختلافهم في التقدير سببان : **أحدهما** : تردده بين أن يكون عِوَضاً من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات ، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقّتاً ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العِوَض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة . **والسبب الثاني** : معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد . أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته ، وفيه « أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت : يارسول الله .. إني قد وهبت نفسي لك . فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال : يارسول الله .. زَوِّجْنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله ﷺ : هل معك من شيء تُصْدِقُها إياه ؟ فقال : ما عندي إلا إزاري . فقال رسول الله ﷺ : إنْ أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً ، فقال : لا أجد شيئاً ، فقال عليه الصلاة والسلام : « التمس ولو خاتماً من حديد » فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال

---

(١) ممن قال إن الصداق غير مقدر ، لا أقله ، ولا أكثره : الحسن ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وداود ، وأحمد .

وعن سعيد بن جبير ، والنخعي ، وابن شبرمة ، ومالك ، وأبي حنيفة : هو مقدر الأقل ، ثم اختلفوا ، فقال مالك : وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به يد السارق ، وقال ابن شبرمه : خمسة دراهم ، وعن النخعي : أربعون درهماً ، وعنه : عشرون ، وعنه : رطل من الذهب وعن سعيد ابن جبير : خمسون درهماً .

واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولأنه يستباح به عضو ، فكان مقدّراً كالذي يقطع به يد السارق .

وللجمهور قول النبي ﷺ للذي زوجه : « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » قال : لا أجد ، قال : « التمس ، ولو خاتماً من حديد » متفق عليه . انظر (المغني ٦/٦٨٠) وانظر (الشرح الصغير ٢/٤٢٨) لمذهب مالك فيما ذكره المؤلف ، وهو أقله : ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم .

رسول الله ﷺ : هل معك شيء من القرآن ؟ قال : نعم ، سورة كذا وكذا - لسور سمّاها - فقال رسول الله ﷺ : قد أَنْكَحْتُكَهَا بما مَعَكَ من القرآن »[١] قالوا : فقوله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتماً من حديد » دليل على أنه لا قَدْرَ لأقله لأنه لو كان له قدر لبيَّنه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بَيِّنٌ كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين : **إحداهما** : أن الصداق عبادة . **والثانية** : أن العبادة مؤقتة ، وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلفى[٢] في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصاً[٣] وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصًّا بذلك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإنْ كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال « قم فعلِّمها » لمّا ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلاً يقيسون عليه قَدرْ الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبهاً به من نصاب القطع على بُعْدِ ما بينهما . وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدّراً أصله القطع ، وضَعْفُ هذا القياس هو من قبل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس

---

(١) الحديث متفق عليه عن سهل بن سعد . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ١٩١) قال الحافظ : لم أقف على اسمها أي (المرأة) (الفتح) .

(٢) في نسخة « دار الفكر » و« المكتبة التجارية الكبرى » (يلقى) بالقاف وفي نسخة « دار الكتب الإسلامية » (يلغي) بالغين . والصواب (يلفى) بالفاء ، أي (يوجد) .

(٣) في نسخة « دار الفكر » و« المكتبة التجارية الكبرى » (خاصاً) والصواب (خالصاً) .

الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا . ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ فقالت : نعم ، فجوز نكاحها »[١] وقال حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا مهر بأقل من عشرة دراهم »[٢] . ولو كان ثابتًا لكان رافعًا لموضع الخلاف لأنه كان يجب

---

(١) حديث « أن امرأة تزوجت على نعلين » رواه أحمد ، وابن ماجة ، والترمذي وصححه عن عامر ابن ربيعة . قال الشوكاني نقلاً عن الحافظ : إنه خولف . انظر (نيل الأوطار ١٨٧/٦) .

(٢) حديث « لا مهر بأقل من عشرة دراهم » أخرجه الدارقطني من حديث جابر ، والحديث ضعيف كما ذكر المؤلف ، لأن في إسناده مبشر بن عبيد ، وحجاج بن أرطأة ، وهما ضعيفان ، وقد اشتهر حجاج بالتدليس ، ومبشر متروك كما قال الدارقطني ، وغيره ، وقال البخاري : منكر الحديث ، وقال أحمد : روي عنه بقية أحاديث كذب . وقد روى الحديث البيهقي من طرق : منها عن علي ، وفي إسناده داود الأودي ، وهذا الاسم يطلق على اثنين : **أحدهما** : داود بن زيد ، وهو ضعيف بلا خلاف ، **والثاني** : داود بن عبد الله ، وقد وَثَّقَهُ أحمد ،واختلفت الرواية =

لموضع هـذا الحـديث أن يحمل حـديث سهـل بن سعـد على الخصـوص ، ولكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قال مبشر بن عبيـد عن الحجاج بن أرطـاة عن عطـاء عن جـابر ، ومبشر والحجـاج ضعيفــان ، وعطاء أيضا لم يَلْق جابراً ، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

* * *

المسألة الثالثة : أمـا جنسـه فكل مـا جـاز أن يُتَمَلَّك وأن يكون عِوَضـاً . واختلفـوا من ذلـك في مكانين : في النكاح بـالإجـارة ، وفي جعـل عتـق أمَتِـهِ صداقها . أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيـه ثلاثـة أقوال : قول بـالإجـازة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور عن [1] مالك الكراهـة ، ولـذلـك رأى فسخـه قبـل الـدخـول ، وأجـازه من أصحـابـه أصبـغ وسحنـون ، وهـو قـول الشـافعي ، ومنعـه ابن القـاسم وأبـو حنيفـة إلا في العبـد فـإن أبـا حنيفـة أجازه [2] .

= فيه عن يحيي بن معين ، ومنها عن جابر ، قال البيهقي بعد إخراجه : هو حـديث ضعيف بمرة ، وروي أيضاً عن علي من طريق فيها أبو خالد الواسطي ، فهذه طرق ضعيفة لا تقوم بها حجة ، قـال الشوكاني : وعلى فرض أنهـا يقوي بعضهـا بعضـاً : فهي لا تبلغ بـذلـك إلى حـد الاعتبـار ، لا سيا ، وقد عارضها ما في الصحيحين ، وغيرهما عن جماعة من الصحابة مثل حـديث الخـاتم ، وحديث نواة الذهب وسائر الأحاديث .

وحكى في البحر أيضـاً عن عمر ، وابن عبـاس ، والحسن البصري ، وابن المسيب ، وربيعــة ، والأوزاعي ، والثوري ، وأحمد ، وإسحق ، والشـافعي أن أقلـه مـا يصح ثمنـاً ، أو أجرة . وهـذا مذهب راجح . وقال سعيـد بـن جبير : أقله : خمسون درهماً ، وقـال النخعي : أربعون ، وقـال ابن شبرمة : خمسة دراهم ، وقال مالك : ربع دينار ، وليس على هذه الأقوال الأربعـة دليل على أن الأقل هو أحدها ، لا دونه . انتهى كلام الشوكاني . (نيل الأوطار ٦/ ١٨٩) .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (على مالك) والصواب ما أثبتناه .

(٢) قال ابن قدامة : وكل ما جاز ثمناً في البيع ، أو أجرة في الإجارة من العين ، والدين ، والحـال ، والمؤجل ، والقليل ، والكثير ، ومنافع الحر ، والعبد ، وغيرهما ، جـاز أن يكون صـداقـاً ، وقـد =

وسبب اختلافهم سببان : **أحدهما** : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو لازم أجازه لقوله تعالى : ﴿ **إني أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدى ابنتيَّ هاتَيْنِ على أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمانِيَ حِجَج** ﴾[1] الآية ، ومن قال ليس بلازم قال : لا يجوز النكاح بالإجازة . **والسبب الثاني** : هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن عُلَيّة ، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة ، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر .

= روى الدارقطني بإسناده قال : قال رسول الله ﷺ « أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق . قيل : وما العلائق يارسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ، ولو قضيباً من أراك » ورواه الجوزاني .

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : منافع الحر لا تكون صداقاً ، لأنها ليست مالاً ، وإنما قال الله تعالى : ﴿ **أنْ تَبْتَغوا بأموالكم** ﴾ وحجة الجمهور قوله تعالى : ﴿ **إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تَأْجُرَني ثماني حِجَج** ﴾ . انظر (المغني ٦/ ٦٨٢) وانظر (الكافي ١/ ٤٥٢) لكراهة مالك الإجارة .

قال ابن عبد البر : ويكره مالك أن يكون النكاح على إجارة عبد ، أو خدمة حر ، أو سكنى دار ، أو عمل يعمله ، أو شيء من الإجارات كلها .

ولا يجوز النكاح على عبد آبق ، أو على بعير شارد ، ولا على جنين في بطن أمه ، ولا شيء من الغرر ، وكل ما لا يجوز في البيوع العقد عليه مثل الثمرة التي لم يبد صلاحها على تنقيتها ، أو زرع لم يستحصد ، ويستغنى عن الماء ، إلا أن يكون تحصيلاً للقطع .

وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٢) لمذهب أبي حنيفة قال السمرقندي : وإذا تزوج على منافع الأعيان كالدور ، والحيوان ، والعقار : جاز ، لأنها مال متقوّم ، وإذا تزوج على منافع الحر ، لا يجوز : بأن زوجت نفسها من رجل على أن يخدمها سنة ، أو يرعى إبلها ، أو غنمها سنة لأن منافع الحر ليست بمال ، وعن محمد أنه يجوز .

(١) القصص : ٢٧ .

وأما كون العتق صداقا فإنه منعه فقهاء الأمصار ما عدا داود وأحمد [١] .

وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك للأصول . أعنى ما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » [٢] مع احتمال أن يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه في هذا الباب . ووجه مفارقته للأصول أن العتق إزالة ملك ، والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها ، فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعي : إنها إنْ كرهت زواجه غرمت له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط الاستمتاع بها ، وهذا كله [٣] لا يُعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو كان غير جائز لغيره لبيَّنه عليه الصلاة والسلام والأصل أن أفعاله لازمة لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العِوَض المعين الموصوف ، أعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف ، واختلفوا في العوض الغير موصوف ولا معين ، مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها

---

(١) ممن قال بجواز أن يكون العتق مهراً : سعيد بن المسيب ، وإبراهيم النخعي ، وطاوس ، والزهري ، ومن فقهاء الأمصار الثوري . وأبو يوسف وأحمد ، وإسحق . وحكاه في البحر عن العترة ، والأوزاعي ، والشافعي ، والحسن بن صالح . ومن عدا هؤلاء منعوه . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٧٥) وقد تقدمت هذه المسئلة . وممن أجازه كذلك الظاهرية . انظر (المحلى ١١/ ١١٠) .

(٢) تقدم تخريج الحديث . وقد رواه الجماعة ، ورواه أحمد ، وصححه الترمذي ورواه الدارقطني . انظر (منتقى الأخبار) .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (وهذا كلها) والصواب ما أثبتناه .

الوسط مما سمَّى . وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة [١] . وسبب اختلافهم هل يجزي النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ، ومن قال ليس يجري مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال : يجوز . وأما التأجيل فإن قوماً لم يجيزوه أصلاً ، وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئاً منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ، والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدَّر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ، ومنهم من أجازه لموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي [٢] .

---

(١) وبقول الشافعي قال أحمد . فلا يصح الصداق إلا معلوماً ، يصح بمثله البيع ، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة . وقال القاضي من الحنابلة : يصح مجهولاً ما لم تزد جهالته على مهر المثل ، وهو قول أبي حنيفة . انظر (المغني ٦/ ٢٩١) وانظر (الروضة ٧/ ٢٦٤) للنووي .

وقد ذكر الدردير في شرحه لأقرب المسالك مسائل تتعلق بشيء يمكن ضبطه ، أو لا يمكن ، فقال : فلا يجوز الصداق بما فيه غرر كعبد فلان وجنين ، وثمرة لم يبدو صلاحها على التنقية للطيب ، وأما على أخذها من هذا الوقت ، فيغتفر ، وإن كان لا يصح بيعه ، ولا مجهول كشيء ، أو ثوب لم يوصف ، أو دنانير ، ولم يبين قدرها ، أو بينه ولم يبين الأجل ، أو على عبد من عبيده يختاره هو ، لا هي ، لاحتمال اختياره الأدنى ، أو الأعلى ، أما إذا جعل الاختيار لها من عبيده جاز . انظر (الشرح الصغير ٢/ ٤٣٠) .

وعند أبي حنيفة لو تزوجها على ثوب ، أو حيوان ، أو دار ، فهذه كلها فيها جهالة ، لأنها تختلف باختلاف البلدان ، والحال ، فيجب لها مهر المثل ، بالغاً ما بلغ .

أو تزوجها على عبد ، أو أمة ، أو فرس ، أو جمل ، أو بقر ، ونحو ذلك من الأنواع المعلومة الجنس ، والنوع ، لكنها مختلفة الوصف والقدر ، فإن الزوج بالخيار ، إن شاء أعطاها الوسط من ذلك وإن شاء أعطاها القيمة ، وتجبر المرأة على القبول . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٥) .

(٢) يجوز الصداق معجلاً ، ومؤجلاً ، وبعضه معجلاً ، وبعضه مؤجلاً عند أحمد ، لأنه عوض في معارضة ، فجاز ذلك كالثمن ، ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول ، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجّله ، ولم يذكر أجلاً ، فالمهر صحيح ، ومحله الفرقة . وهذا قول النخعي ، والشعبي . وقال الحسن ، وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة ، والثوري ، وأبو عبيد :

وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه ؟ فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ، ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

* * *

الموضع الثاني : في النظر في التقرر . واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . وأما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ **وإنْ أرَدْتُم اسْتِبدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُمْ إحْداهُنَّ قِنْطاراً فلا تَأْخُذوا مِنه شَيْئاً** ﴾ [١] الآية . وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه . بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعي وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر مالم يكن المسيس ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون مُحْرِماً أو مَريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً ، وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا [٢] . وسبب اختلافهم في ذلك

= يبطل الأجل ، ويكون حالاً ، وقال إياس بن معاوية ، وقتادة : لا يحل حتى يطلق ، أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها . وعن مكحول ، والأوزاعي ، والعنبري : يحل إلى سنة بعد الدخول بها . واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ، ولها مهر المثل . انظر (المغني ٦/ ٦٩٣) .

وعند الشافعي يصح أن يكون الصداق دَيْناً ، وعَيْناً ، فإذا كان ديناً صح أن يكون حالاً ، ومؤجلاً ، فإن أطلق ، كان حالاً . انظر (المجموع ١٥/ ٢١١) .

(١) النساء آية ٢ .

(٢) مذهب أحمد إذا خلا بها بعد العقد الصحيح ، استقر مهرها عليه ، ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ ، روي ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وزيد وابن عمر ، وبه قال علي بن الحسين ، وعروة ، وعطاء ، والزهري والأوزاعي ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وهو قول قديم قولي الشافعي . وقال شريح ، والشعبي ، وطاوس ، وابن سيرين ، والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء ، وحكي ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وروي نحو ذلك عن أحمد . انظر (المغني ٧٢٤/٦) و (المجموع =

معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى في الدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾[1] ، ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[2] وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس ، والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك في العنين المؤجل : إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق باباً أو أرخى سِتْراً فقد وجب عليه الصداق ، لم يُختلف عليهم في ذلك فيما حكموا .

واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا اختلفا في المسيس أعني القائلين

= ١٥/ ٢٢٧) وعند أحمد سواء خلا بها ، وهما محرمان ، أو صائمان ، أو حائض ، أو سالماً من هذه الأشياء .

أما عند أبي حنيفة ، فيشترط أن لا يكون ثم مانع حسي ، أو شرعي فالحسي : كالمرض الذي يمنع الوطء ، ووجود ثالث في الدار معهما وكون المرأة رتقاء ، وأما الجب ، فلا يمنع صحة الخلوة ، وكذلك العنة بالإجماع ، والشرعي كأن تكون المرأة حائضاً ، أو نفساء أو كان أحدهما صائماً صوم رمضان ، أو محرماً بحج فريضة ، أو نفلاً . وفي غير رمضان روايتان . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٧) .

وعند مالك لا عبرة بالخلوة ، فإن بنى بها ، واختلفا في المسيس فالقول قولها ، وإن خلا بها من غير بناء ، فالقول أيضاً قولها . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١٣) .

(١) النساء آية ٢١ .

(٢) البقرة آية ٢٣٧ .

باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تَدّعي هي المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ، وقيل : إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ، وقيل إن كانت بِكْراً نظر إليها النساء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال . وقال الشافعي وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مُدَّعَىً عليه ، ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي إذ كان أقوى شبهة [1] . وهذا الخلاف يرجع إلى : هل إيجاب اليمين على المدعى عليه : معلل أو غير معلل ؟ وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي ، وسيأتي هذا في مكانه .

* * *

الموضع الثالث : في التشطير واتفقوا اتفاقاً مجملاً أنه إذا طلّق قبل الدخول وقد فرض صداقاً أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾

---

(١) تقدم قول مالك ، فإن بنى بها ، واختلفا في المسيس ، فالقول قولها وإن خلا بها من غير بناء ، فالقول قولها أيضاً . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١٣) .
وعند الشافعي : القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الخلوة والإصابة . انظر (المجموع ١٥/ ٢٦٢) أما أبو حنيفة ، وأحمد ، فعندهما الخلوة توجب الصداق ، وقد تقدم ذلك .
ومن المسائل المعاصرة ركوب الزوجين السيارة دون ثالث ، فهل يعتبر ذلك خلوة ؟ لا شك أن السيارة خلوة يمكن للزوج أن ينال من زوجته ، إذا شاء ، كالبيت تماماً ، فعلى مذهب من يرى أن الخلوة توجب الصداق فإذا ركبت معه السيارة بعد العقد ، ثبت لها الصداق . والله أعلم .
وهناك شيء يجب التحذير منه في هذا الزمان ، ومما هو واقع في كثير من البلدان الإسلامية أن الخاطب يخرج مع خطيبته ، إلى المتنزهات ، وإلى الشوارع والأسواق ، وهو ما يطلقون عليه من أجل الدراسة ، والتعرف على بعضهم البعض ، فإن ذلك مما لا يقره الشرع ، ولا يجيزه ، وقد ذهب ضحيةً نتيجة لهذا الانفلات كثير من الفتيات ، فقد يأخذ الخاطب من خطيبته ما يريد ، ثم بعد ذلك يفارقها . وهذا شيء واقع ، وملموس ، وقد حذر رسولنا الكريم من ذلك بقوله « ما اجتمع رجل بامرأة إلا وكان الشيطان ثالثهما » فيجب على كل مسلم غيور أن يمنع ابنته ، أو أخته ، أو قريبته الخروج مع خطيبها إلا بعد العقد . والله يتولى الصالحين .

الآيـة والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي موجبه من أنواع الطلاق : أعني الواقـع قبـل الـدخـول ، وفي حكم مـا يعرض لـه من التغيرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالـك فهو النكاح الصحيح ، أعني أن يكون يقع الطـلاق الـذي قبـل الـدخـول في النكاح الصحيـح ، وأمـا النكاح الفاسد ، فـإنْ لم تكن الفرقـة فيـه فسخـاً وطلق قبل الفسخ ففي ذلـك قولان . وأمـا موجب التشطير فهو الطلاق الـذي يكون بـاختيـار من الـزوج لا بـاختيـار منهـا مثل الطلاق الـذي يكـون من قبـل قيـامهـا بعيب يـوجـد فيه [١] . واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقـة مع عسره ، ولا فرق بينـه وبين القيـام بـالعيب ، وأمـا الفسـوخ التي ليست

---

(١) قـال ابن جزي : إنمـا يجب لهـا نصف الصـداق إن طلقهـا قبل البنـاء اختيـاراً منـه ، فـإن فسخ النكاح ، أو رده الزوج بعيب في الزوجة ، لم يجب لها شيء . واختلف : هل يجب إذا ردتـه هي بعيب فيه ؟ انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١٣) لمذهب مالك .

وعنـد الشـافعي : إن كانت الفرقـة بسبب من جهتهـا بـأن أسلمت أو ارتدت ، أو أرضعتـه ، أو أرضعت زوجة له صغيرة ، أو وجـد أحـدهمـا بـالآخر عيبـاً ، ففسخ النكاح ، سقـط جميع المهر ، وإن كان بسبب من جهـة الـزوج بـأن طلقهـا ، سقـط عنـه نصف المسمى إن كانت لم تقبضـه ، ووجب عليها رد نصفه إن كانت قبضته ، وإن كانت سبب منهما ، فإن كانت بخلع ، فحكمه حكم الطلاق ، لأن المغلب فيه جهة الزوج ، وإن كان بردة منهما ففيـه وجهـان . انظر (المجموع ١٥/ ٢٣) .

أمـا عنـد أحمـد ، إذا كانت الفرقـة قبل الـدخول من قبـل المرأة : مثـل إسـلامهـا أو ردتهـا ، أو إرضاعها من ينفسح النكاح بإرضـاعـه ، أو ارتضـاعهـا ، وهي صغيرة ، أو فسخت لإعسـاره ، أو عيبه ، أو لعتقها تحت عبد ، أو فسخه بعيبها ، فإنه يسقط به مهرها ، ولا يجب لها متعة .

وإن كان بسبب الزوج كطلاقه ، وخلعه ، وإسلامه ، وردته ، أو جاءت من أجنبي كالرضـاع ، أو وطء ينفسخ به النكاج ، سقط نصف المهر ، ووجب نصفـه ، أو المتعـة لغير من سمى لهـا ، ثم يرجـع الـزوج على من فسـخ النكـاح ، إذا جـاء الفسـخ من قبـل أجنبي ، وإن قتلت المرأة ، استقر المهر جميعـه ، لأن الفرقـة حصلت بـالموت ، وانتهـاء النكاح ، فلا يسقـط بهـا المهر . انظر (المغني ٦/ ٧٥٢) .

وقال ابن حزم في المحلى : ومن انفسخ نكاحه بعد صحته بما يوجب فسخه فلها المهر المسمى كلـه ، فإن لم يسم صدقاً ، فلها مهر مثلها ، دخل بها أو لم يدخل . انظر (المحلى ١١/ ٧٦) .

طلاقاً فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد او من قبل الصداق ، وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها في ذلك اختيار أصلاً . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الرِّدّة والرضاع ، فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير . والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء أكان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخاً ولم يكن طلاقاً فلا تنصيف فيه ، وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة . فمن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عِوَضَ ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عِوَضاً من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قِبَلِها أو من الله ، فما كان من قِبَل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفاً للكل ، وإما أن يكون نقصاً ، وإمّا أن يكون زيادة ، وإما أن يكون زيادة ونقصاً معاً . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ، فعند مالك أنها في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان ، وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة[1] . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة

---

(١) انظر (الكافي لمذهب مالك ١/ ٤٥٥) لما ذكره المؤلف . وعند الشافعي : إن كان قد تلف في يدها ، فإن كان له مثل ، رجع عليها بنصف مثله ، وإن كان لا مثل له ، رجع عليها بنصف قيمته ، فإن اختلفت قيمته من حين العقد إلى حين قبضه رجع بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، وإن كان الصداق باقياً في يدها ، فلا يخلو من أربعة أحوال : إما =

= أن يكون باقياً على حاله ، فإنه يرجع بنصفه وإن كان ناقصاً من جميع الوجوه : بأن كانت جارية سمينة ، فهزلت أو مرضت ، أو ما أشبه ذلك ، فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ، ولا شيء غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض .

وإن كان الصداق زائداً من جميع الوجوه ، فلا تخلو الزيادة : إما أن تكون متميزة ، أو غير متميزة ، فإن كانت متميزة بأن أصدقها بهيمة حائلاً ، فحملت وولدت ، ثم طلقها ، أو شجرة لا ثمرة عليها ، فأثمرت ، ثم طلقها ، رجع عليها بنصف الصداق دون النماء .

وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسِّمَنِ ، وتعليم القرآن ، والصنعة ، فإن اختارت الزوجة تسليم نصفه ، أجبر الزوج على أخذه ، لأنه يرجع أكمل ما دفع إليها ، وإن لم يختر تسليم نصفه ، لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال محمد بن الحسن : تجبر الزوجة على تسليم نصفه مع زيادته المتصلة وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرجع الزوج إلى نصف الصداق مع الزيادة المتصلة ، لقوله تعالى : ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ وإن كان الصداق زائداً من وجه ، ناقصاً من وجه : بأن كان عبداً فتعلم صنعة ، ومرض ، فإن اتفقا أن يأخذ الزوج نصفه ، جاز .

وإن كان الصداق زائداً نظرت ، فإن كانت الزيادة متميزة كالولد واللبن ، والثمرة كان لها نصف أصل الصداق ، وجميع الزيادة ، وحكى المسعودي أن أبا حنيفة قال : للزوج نصف الزيادة المنفصلة الحادثة في يده . انظر (المجموع ١٥/ ٢٣٧) .

وقال ابن قدامة لمذهب أحمد : وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكماً كالميراث ، لا يفتقر إلى اختياره ، وإرادته ، فما يحدث من النماء يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضي احتمالا آخر : أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالوجهين .

ثم قال : إن الصداق إذا زاد بعد العقد ، لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر ، أو يتعلم صنعة ، أو يسمن ، أو متميزة كالولد والكسب ، والثمرة ، فإن كانت متميزة ، أخذت الزيادة ، ورجع نصف الأصل ، وإن كانت غير متميزة ، فالخيرة إليها : إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ، وإن شاءت دفعت إليه نصفاً زائداً ، فيلزمه قبوله . انظر (المغني ٦/ ٧٧٩) وما بعدها .

وإذا تصرفت في الصداق بعقد من العقود ، فإنه لم يخل من ثلاثة أقسام : **أحدها** : ما يزيل المِلْك عن الرقبة كالبيع والهبة ، والعتق فهذا يمنع الرجوع ، وله نصف القيمة .

والثاني : تصرف غير لازم ، لا ينقل الملك كالوصية ، والشركة ، والمضاربة فهذا لا يبطل حق =

الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقراً أو لا تملكه ؟ فمن قال إنها لا تملكه ملكاً مستقراً قال : هما فيه شريكان مالم تتعد فتدخله في منافعها ، ومن قال تملكه ملكاً مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار المِلْك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف .

واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق (١) . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر ؟ أعني إذا طُلِّقَتْ قبل الدخول ، وللسيد في أمته ؟ فقال مالك : ذلك له ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك له (٢) .

= الرجوع في نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه .

الثالث : تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك كالإجارة ، والتزويج فهذا نقص ، فيتخير بين أن يرجع في نصفه ، وبين الرجوع في نصف قيمته . انظر (المصدر السابق) .

(١) إذا اشترت ما تصلح به جهازها ، فعند مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته . انظر (الكافي ١/ ٤٥٦) لمذهب مالك . وانظر (الشرح الصغير ٢/ ٤٥٧) .

(٢) عند مالك لا يجوز لأحد غير الأب أن يعفو عن شيء من الصداق إن كانت بكراً ، إذا وقع الطلاق قبل الدخول ، وهو قول الليث . انظر (الكافي ١/ ٤٥٩) .

وعند الشافعي في القديم : أن لولي المرأة أن يعفو عن النصف ، وبه قال ابن عباس ، والحسن البصري ، والزهري ، وطاوس ، وربيعة ومالك ، وأحمد .

وقال في الجديد ليس للولي أن يعفو عن النصف ، وبه قال علي بن أبي طالب ، وجبير بن مطعم ، وابن المسيب ، وسعيد بن جبير ومجاهد ، وشريح ، وأهل الكوفة ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشعبي . انظر (القرطبي ٢٠٧/٣) وانظر (المجموع ٢٤٦/١٥) وانظر كتابنا (تقديم طاعة على أخرى أو تركها نظراً للزمان والمكان والأحوال) .

وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى : ﴿ إلا أن يَعْفون أو يَعْفُوَاْ الذي بيده عُقْدَةُ النِّكاحِ ﴾ [١] وذلك في لفظة « يعفو » فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ، وفي قوله : ﴿ الذي بيده عقدة النكاح ﴾ على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج ، فمن قال على الزوج جعل « يعفو » بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل «يعفو» بمعنى يسقط ، وشذ قوم فقالوا : لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكماً زائدا في الآية : أي شرعاً زائداً ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولي ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعاً ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر ، والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ، وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب

---

(١) البقرة آية ٢٣٧ .

قال القرطبي : واختلف الناس في المراد بقوله تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوَ الذي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ ﴾ فروى الدارقطني عن جبير بن مطعم أنه تزوج امرأة من بني نصر ، فطلقها قبل الدخول بها ، فأرسل إليها بالصداق كاملاً ، وقال أنا أحق بالعفو منها ، قال الله تعالى : ﴿ إلاَّ أن يَعْفُونَ أو يَعْفُوَاْ الذي بِيدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ ﴾ وأنا أحق بالعفو منها ، وتأول ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ يعني نفسه في كل حال قبل الطلاق وبعده ، أي عقدة نكاحه ، فلما أدخل اللام ، حذف الهاء كقوله ﴿ فإنَّ الجنَّة هي المأوى ﴾ أي مأواه .

وكذلك (عقدة النكاح) أي عقدة نكاحه ، وروى الدارقطني مرفوعاً من حديث قتيبة بن سعيد ، حدثنا ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ « ولي عقدة النكاح الزوج » وهو مذهب من ذكرنا من الصحابة والفقهاء على أن ليس لولي المرأة أن يعفو عن شيء من صداقها ، للإجماع على أن الولي : لو أبرأ الزوج من المهر قبل الطلاق ، لم يجز ، فكذلك بعده . وأجمعوا على أن الولي لا يملك أن يهب شيئاً من مالها ، والمهر مالها . وأجمعوا على أن من الأولياء من لا يجوز عفوهم ، وهم بنو العم ، وبنو الإخوة ، فكذلك الأب . انظر (٣/ ٢٠٦) .

مصيراً لعموم قوله تعالى : ﴿ إلا أن يَعْفُون ﴾ [١] واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ، فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ، وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق [٢] . وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال في عين الصداق قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله ، ومن قال هو في ذمة المرأة قال : يرجع وإنْ وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها . وفرق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض . فقال : إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى أن الحق في العين مالم تقبض ، فإذا قبضت صار في الذمة [٣] .

* * *

الموضع الرابع : في التفويض وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو

---

(١) قاله ابن عباس ، وجماعة من الفقهاء ، فقالوا : يجوز عفو البكر التي لا ولي لها ، وحكاه سحنون في المدونة عن غير ابن القاسم بعد أن ذكر لابن القاسم أن وضعها نصف الصداق لا يجوز . وأما التي في حِجْر أب أو وصي ، فلا يجوز وضعها لنصف صداقها قولاً واحداً ، ولا خلاف فيه . هكذا ذكره القرطبي . انظر (٣/ ٢٠٦) وكذلك السفيه . انظر (المغني ٧٣٠/٦) .

(٢) إذا وهبت له صداقها عند الشافعي ففيه قولان ، **أحدهما :** لا يرجع عليها بشيء . **والثاني :** يرجع عليها بنصف مثله إن كان له مثل . أو نصف قيمته إن لم يكن له مثل ، وهو الأصح . انظر (المهذب مع المجموع ٢٤٢/١٦) وانظر (الكافي ٤٥٦/١) مثلما ذكره المؤلف لمذهب مالك . وقال ابن قدامة : إذا أصدق امرأته عيناً ، فوهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فعن أحمد فيه روايتان : **إحداهما :** يرجع عليها بنصف قيمتها ، وهو اختيار أبي بكر ، وأحد قولي الشافعي . .

والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أن تزيد العين ، أو تنقص ، ثم تهبها له ، لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشيء ، وعقد الهبة لا يقتضي ضماناً ، ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة . انظر (المغني ٦/ ٧٣٢) .

(٣) انظر لهذا التفصيل لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٣/ ١٤٦٨) .

أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى : ﴿ لا جُنَاحَ عليكم إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنّ أو تَفْرِضُوا لَهُنّ فَرِيضَةً ﴾ [١] . واختلفوا من ذلك في موضعين : **أحدهما** : إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر . **الموضع الثاني** : إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

فأما المسألة الأولى : وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء ، لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها [٢] . وسبب اختلافهم ـ أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لا يوجب ـ اختلافُهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ لا جُنَاحَ عَلَيْكُم إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ ما لم تَمَسُّوهُنّ أو تَفْرِضوا

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) إذا كان هناك نكاح ، ولم يسم فيه المهر ، وإنما فرض بعده قبل الدخول فعند أبي حنيفة ، ومحمد ، يسقط نصف المهر ، وهو قول أبي يوسف الأخير ، وكان يقول أولاً : يجب نصف المفروض كما إذا كان المهر مفروضاً في العقد ، وهو قول مالك ، والشافعي . انظر (بدائع الصنائع ٣/ ١٤٨٤) وانظر (الكافي ١/ ٤٥٤) لمذهب مالك . وقد ذكر ابن عبد البر قولاً واحداً فقال : ولو تزوجها على غير مهر مسمى ، ثم فرض لها برضاها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما فرض . ولم يذكر الخيارات الثلاث . وعند أحمد إن طلقها قبل التسمية ، وقبل الدخول ، فلا ينتصف المهر ، وليس لها إلا المتعة ، وإن سمى ، ثم طلقها قبل الدخول صار كالمسمى في العقد في أنه ينتصف بالطلاق ، ولا تجب المتعة . انظر (المغني ٦/ ٧١٩) .

وعند الشافعي متى فرض لها مهر المثل ، أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى في الاستقرار بالدخول ، والموت ، والتنصيف بالطلاق لأنه مهر مفروض ، فصار كالمفروض في العقد . انظر (المهذب مع المجموع ١٥/ ٢٤٩) .

﴿ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ هل هـذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء أكان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلـك ، وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حـال أو لا يفهم ذلـك ؟ فيـه احتمال وإن كان الأظهر سقـوطـه في كل حـال لقـولـه تعـالى : ﴿ وَمَتِّعوهُنَّ على المُوسِعِ قَدَرُه وعلى المُقْتِرِ قَدَرُه ﴾ [١] ، ولا خلاف أعلمـه في أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شيء [٢] . وقد كان يجب على من أوجب لها المتعـة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الـدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيـه شطر مهر المثل ، لأن الآيـة لم تتعرض بمفهـومهـا لإسقـاط الصـداق في نكاح التفـويض ، وإنمـا تعرضت لإبـاحـة الطلاق قبـل الفرض فـإن كان يـوجب نكاح التفـويض مهر المثـل إذا طلب فـواجب أن ينشطر إذا وقـع الطــلاق كما ينشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك : إنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

* * *

وأمـا المسـألـة الثـانيـة : وهي إذا مـات الزوج قبل تسميـة الصـداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكاً وأصحابه والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق ولها المتعـة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث ، وبه قال أحمـد وداود ، وعن الشـافعي القولان جميعـاً ، إلا أن المنصور عنـد أصحـابـه هـو مثـل قـول مالك [٣] . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر : أما الأثر فهو ما روي عن

---

(١) البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) إذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول ، فليس لها إلا المتعة . نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عبـاس ، والحسن ، وعطـاء ، وجـابر بـن زيـد ، والشعبي ، والزهري ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبي حنيفة ، وعن أحمد روايـة أن لهـا نصف مهر مثلها ، لأنه نكاح صحيح . انظر (المغني ٦/ ٧١٣) .

(٣) إذا مـات الزوج قبل التسميـة ، وقبل الـدخول فعنـد الشـافعي قولان : **أحدهما** : يجب لهـا مهر=

ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال : أقول فيها برأيي فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأً فمني : أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وَكْسَ ولا شَطَطَ وعليها العدة ولها الميراث ، فقام مَعْقِل بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق ، خرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه [1] . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عِوَض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع ، وقال

= مثلها ،وبه قال ابن مسعود ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأحمد ، وإسحق ، إلا أن أبا حنيفة يقول : يجب لها مهر مثلها بالعقد ، ووجه هذ القول ما روي عن عبد الله بن عتبة بن مسعود « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ، ولم يسم لها مهراً ، فمات عنها قبل الدخول ، فقال عبد الله : أقول فيها برأيي ، فإن أصبت ، فمن الله ، وإن أخطأت ، فمن نفسي ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، لها الميراث ، وعليها العدة ولها مهر مثلها ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ ، فقام إليه معقل بن سنان الأشجعي وقال : أشهدُ لقضيتَ مثل ما قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق ، ففرح عبد الله بذلك » ولأن الموت سبب يستقر به المسمى ، فاستقر به مهر المفوضة كالدخول .

والقول الثاني للشافعي : أنه لا يجب لها مهر ، وبه قال علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، وزيد ابن ثابت ، وأهل المدينة ، والزهري ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعي من أهل الشام ، ولأنها فُرقة وردت على المفوضة قبل الفرض ، والمسيس ، فلم يجب لها مهر كالطلاق ، فأما خبر ابن مسعود فهو مضطرب ، وروي أنه قام إليه ناس من أشجع ، وروي أنه قام إليه رجل من أشجع ، وروي أنه قام إليه معقل بن سنان ، وروي أنه قام إليه معقل بن يسار ، وروي أنه أقام إليه أبو سنان ، ويجوز أن تكون بروع مفوضة المهر ، لا مفوضة البضع ، انظر (المجموع ١٥/ ٢٥٢) .

(١) رواه أحمد ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، والحاكم ، وصححه ابن مهدي والترمذي . وقال ابن حزم : لا مغمز فيه لصحة إسناده ، والبيهقي في الخلافيات ، وقال الشافعي : لا أحفظه من وجه يثبت مثله وقال : لو ثبت حديث بروع لقلت به ، وصححه بعض أصحاب الحديث ، وقالوا : إن الاختلاف في اسم راويه لا يضر ، لأن الصحابة كلهم عدول . انظر (التلخيص ٣/ ١٩١) .

واسم زوج بروع بنت واشق : هلال بن مرة ، ذكره ابن مندة في المعرفة وهو في سند أحمد كذلك . انظر (المصدر السابق) .

المزني عن الشافعي في هذه المسألة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة . والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

* * *

الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة والصداق يفسد إما لعينه وإما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير ومالا يجوز أن يُتملك ، والذي يفسد من قِبَلِ العذر والجهل فالأصل فيه بالبيوع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

المسألة الأولى : إذا كان الصداق خمراً أو خِنْزيراً أو ثمرة لم يبد صلاحُها أو بعيراً شارداً ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل . وعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما :** فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد . **والثانية :** أنه إنْ دخل ثبت ولها صداق المثل [1]. وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فمن قال حكمه

---

(١) إذا سمي في النكاح صداقاً كالخمر ، والخنزير ، فالتسمية فاسدة ، والنكاح صحيح ، وبه قال عامة الفقهاء : منهم الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي وأصحاب الرأي ، ونص عليه أحمد .

وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد ، واختاره أبو بكر عبد العزيز قال : لأن أحمد قال في رواية المروذي إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه .

وحكي عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح ، وإن كان قبله فسخ ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً ، فأشبه نكاح الشغار .

واحتج من أجازه أنه لو كان النكاح عوضاً صحيحاً ، كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحاً ، وإن كان عوضه فاسداً ، كما لو كان مغصوباً أو مجهولاً ، ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض ، فلا يفسد بتحريمه كالخلع .

ويجب لها مهر المثل في قول أكثر أهل العلم : منهم مالك ، والشافعي وأبو ثور ، وأبي حنيفة ، فإن دخل بها ، استقر مهر المثل في قولهم جميعاً . انظر (المغني ٦/ ٦٩٥) وانظر (الكافي ١/ ٤٥٤) لمذهب مالك . و (الشرح الصغير ٢/٤٣٠) .

حكم البيع قال : يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ، ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال : يمضي النكاح ويُصَحَّح بصداق المثل . والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصاً .

* * *

المسألة الثانية : واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ، ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور . وأجازه أشهب ، وهو قول أبي حنيفة . وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمر لا يشك فيه جاز ، واختلف فيه قول الشافعي ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل [١] . وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه ؟ فمن شبهه في ذلك بالبيع منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

* * *

(١) جاء في المغني : فإن جمع بين نكاح ، وبيع ، فقال : زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف ، صح . ويسقط الألف على صداقها ، وقيمة الدار ، وإن قال : زوجتك ابنتي ، واشتريت منك عبدك هذا بألف ، فقال : بعتكه ، وقبلت النكاح ، صح ، ويسقط الألف على العبد ، ومهر المثل . هذا مذهب أحمد .

وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يصح البيع ، والمهر لإفضائه إلى الجهالة . انظر (المغني ٦/ ٧٤١) .

وقال الصاوي لمذهب مالك : المشهور في هذه المسئلة أن النكاح فاسد يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بمهر المثل ، فإذا ثبت النكاح بالدخول ثبت ما معه من البيع وغيره .. وهذا كله في نكاح التسمية ، وأما التفويض فيجوز اجتماعه مع البيع ونحوه . انظر (حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٤٤٤) ومثله القراض ، والشركة ، والصرف ، والمساقاة ، والجَعَالة .

المسألة الثالثة : واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشتُرِطَ عليه في صداقها حباءٌ [١] يحابي به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي : المهر فاسد ولها صداق المثل ، وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له [٢] . وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال : لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال : يجوز . وأما تفريق مالك فلأنه اتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق . وقول [٣] مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد .

---

(١) في نسخة « دار الفكر » (حياء) بالياء . والصواب (حباء) بالباء . ومعناه : العطاء .

(٢) يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه ، وهو مذهب أحمد ، وبه قال إسحق .
وقد روي عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف ، فجعلها في الحج ، والمساكين ، ثم قال للزوج ، جهز امرأتك .
وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين .
وقال عطاء ، وطاوس ، وعكرمة ، وعمر بن عبد العزيز ، والثوري وأبو عبيد يكون ذلك للمرأة ، وقال الشافعي : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل ، وتفسد التسمية ، لأنه نقص من صداقها ، لأجل هذا الشرط الفاسد ، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة ، لأنه عوض بضعها ، فيبقى مجهولاً ، لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل الشرط ، وذلك مجهول ، فيفسد .
ولأهل القول الأول قوله تعالى : ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ القصص ٢٧ وقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لابيك » ولقوله « إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من أموالهم » انظر (المغني ٦/٦٩٧) و (المجموع ١٥/٢١٧) وإن شرط غير الأب من الأولياء ، فالشرط باطل ، نص عليه أحمد ، هذا إذا كان العطاء قبل العقد ، فهو لها . أما إذا كان بعد العقد ، فهو لمن جعل له . وهو قول مالك . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٩٧) .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » « وقوله » والصواب ما أثبتناه .

وخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة نكحت على حباء قبل عِصْمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه ، وأحق ما أُكرِم الرجلُ عليه ابنته وأخته » [١] وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قِبَلِ أنه صحَّفه ، ولكنه نص في قول مالك ، وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب العمل به .

* * *

المسألة الرابعة : واختلفوا في الصداق يستحق ، ويوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف في ذلك قول الشافعي ، فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة بمهر المثل ، وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقيل ترجع بالقيمة ، وقيل ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجهاً . وشذ سحنون فقال : النكاح فاسد [٢] . ومبنى الخلاف هل يشبه

---

(١) الحديث رواه الخمسة إلا الترمذي . قال الشوكاني : سكت عنه أبو داود ، وأشار المنذري إلى أنه من رواية عمر بن شعيب وفيه مقال معروف ، ومن دون عمرو بن شعيب ثقات . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٩٧) .

(٢) قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أن الصداق إذا كان معيباً ، فوجدت به عيباً ، فلها رده كالبيع المعيب ، ولا نعلم فيه خلافاً ، إذا كان العيب كثيراً ، فإن كان يسيراً ، فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به . انظر (المغني ٦/ ٦٨٨) وانظر (المجموع ١٥/ ٢٢٠) .

وإذا رد به ، فلها قيمته عند أحمد ، لأن العقد لا ينفسخ برده ، وإن كان الصداق مثلياً كالمكيل ، والموزون ، فردته ، فلها عليه مثله ، لأنه أقرب إليه ، وإن اختارت إمساك المعيب ، وأخذ ارثه ، فلها ذلك في قياس مذهب أحمد ، وإن حدث به عيب عندها ، ثم وجدت به عيباً ، خيرت بين أخذ أرثه ، وبين رده ، ورد أرْثه عيبه لأنه عِوَض في عقد المعاوضة ، فيثبت فيه ذلك كالبيع . انظر (المغني ٦/ ٦٨٨) .

وعند مالك إن وجدت به عيباً ، ردته ، وأخذت مثله ، وإن لم يوجد مثله ، أخذت قيمته . انظر (المدونة ٢/ ١٧١) .

النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه قال : ينفسخ ، ومن لم يشبهه قال : لا ينفسخ .

* * *

المسألة الخامسة : واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور بجوازه ، واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ، وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ، وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف [1] ، ويتخرج في هذا قول إن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصاً فيها في المذهب . فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة .. واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك :

---

(١) عند مالك إذا تزوج امرأة بألف درهم ، فإن كانت له امرأة ، فصداقها ألفان ، فإن هذا من الغرر ، وهو مثل البعير الشارد ، وهذا لا يجوز البيع فيه عند مالك ، انظر (المدونة ٢/ ١٧١) .

وهذا جائز عند أحمد . قال صاحب « المغني » : نص عليه أحمد ، وهو مثل قوله : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين إن أخرجتك منها . انظر (المغني ٦/ ٧٤٢) .

وعند أبي حنيفة ذلك جائز ، وهو مثل أن يتزوجها على ألف إن لم يخرجها من بلدها ، وعلى ألفين إن أخرجها من بلدها ، أو تزوجها على ألف إن كانت مولاة ، وعلى ألفين إن كانت عربية ، فكل ذلك جائز عند أبي حنيفة .

أما المهر ، فالشرط الأول جائز بلا خلاف فإن وقع الوفاء به فلها ما سمي على ذلك الشرط ، فإن لم يقع الوفاء به ، فلها مهر مثلها لا ينقص من الأصل ، ولا يزاد على الأكثر ، وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ، ومحمد : الشرطان جائزان . وقال زفر : الشرطان فاسدان . انظر (بدائع الصنائع ٣/ ١٤٤٦) .

يعتبر في جمالها ونصابها [١] ومالها . وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبتها فقط ، وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم [٢] ، ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام « تُنْكَحُ المرأةُ لدِينها وجمالِها وحَسَبِها » الحديث .

* * *

الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق واختلافهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القَدْرِ أو في الجنس أو في الوقت : أعني وقت الوجوب ، فأما إذا اختلفا في القَدْر فقالت المرأة مَثَلاً بمائتين وقال الزوج بمائة ، فإن الفقهاء أختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول

---

(١) في جمسع النسخ التي لدينا هكذا (ونصابها) والصحيح : و (منصبها) .

(٢) مذهب أحمد : مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك : تعتبر بمن هي في مثل جمالها ، ومالها ، وشرفها ، ولا يختص بأقاربها ، ولأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب .

ولأحمد حديث ابن مسعود « لها مهر نسائها » ونساؤها : أقاربها واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها ، فقال في رواية حنبل : لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها ، فاعتبرها بنساء العصبات خاصة . وهو مذهب الشافعي .

وقال في رواية إسحق بن هانيء : لها مهر نسائها مثل أمها ، أو أختها أو عمتها ، أو بنت عمها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، لأنهن من نسائها . والأولى أَوْلى ، فإنه قد روى في قصة بروع : « أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها » ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها ، لا تساويانها في نسبها فلا يساوينها في شرفها ، وقد تكون أمها مولاة ، وهي شريفة ، وقد تكون أمها شريفة ، وهي غير شريفة ، ويعتبر الأقرب ، فالأقرب ، ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها ، وعقلها ، وجمالها ، ويسارها وبكارتها ، وثيوبيتها ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصداق وأن تكون من أهل بلدها ، لأن عادة البلاد تختلف في المهر . انظر (المغني ٦/ ٧٢٢) .

قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شُبْرُمَةَ وجماعة ، وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها .

وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ، ولم تر الفسخ كالك ، وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة ، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما أدّعت وأقل مما ادّعى هو[1] .

---

(١) إذا اختلفا في قدر الصداق بعد العقد ، ولا بينة ، فعند أحمد : القول قول من يدعي مهر المثل منهما ، فإن ادعت المرأة مهر مثلها ، أو أقل ، فالقول قولها ، وإن ادعى الزوج مهر المثل ، أو أكثر ، فالقول قوله .

وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن الحسن ، والنخعي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبي عبيد نحوه ، وعن أحمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بكل حال . وهو قول الشعبي ، وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، وأبي ثور ، وبه قال أبو يوسف إلا أن يَدَّعي مستَنْكراً ، وهو أن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ، ومدعىً عليه ، فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

وقال الشافعي : يتحالفان ، فإن حلف أحدهما ، وَنَكَلَ الآخر ثبت ما قاله ، وإن حلفا وجب مهر المثل ، وبه قال الثوري لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ، ولا بيِّنة ، فيتحالفان قياساً على المتبايعَيْن ، إذا اختلفا في الثمن .

وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا ، وفسخ النكاح ، وإن كان بعده ، فالقول قول الزوج . وبناه على أصله في البيع ، فإنه يفرق في التحالف بين ما قبل القبض ، وبعده ، ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد ، فقد رضيت بأمانته .

وقال الحنابلة : الظاهر قول من يدعي مهر المثل ، فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى .

وإن أدعى أقل من مهر المثل ، وادعت هي أكثر منه ، رد إلى مهر المثل ، وهو مذهب أحمد ، ولم يذكر أصحابه اليمين . ولكن قال ابن قدامة : الأولى أن يتحالفا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما يحتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى . وهذا قول أبي حنيفة ، والباقون على أصولهم . انظر (المغني ٦/ ٧٠٧) وما بعدها ، و (المجموع ١٥/ ٢٥٨)

وإن أنكر الزوج صداق امرأته ، وادعت هي ذلك عليه ، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها .

واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر »[1] هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال معلل قال : يحلف أبداً أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعي عليه قدراً زائداً فهو مُدَّعىً عليه ، وقيل أيضاً يتحالفان أبداً ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه .

والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهةً ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل ، هو هل يُشَبَّه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يُشَبَّه ؟ فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ، ومن قال لا يشبه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف . وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما

= سواء ادعى أنه وفّى لها ، أو أبرأته منه ، أو قال : لا تستحق شيئاً ، وسواء كان ذلك قبل الدخول ، أو بعده ، وبه قال ابن جبير ، والشعبي ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق وأبو حنيفة ، وهو قول أحمد ، وهو قول الجمهور .

وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : إن كان بعد الدخول ، فالقول قول الزوج ، والدخول بالمرأة يقطع الصداق . وبه قال مالك .

قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة ، لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه ، فكان الظاهر معه .

وحجة الجمهور قول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » انظر (المغني ٦/ ٧٠٩) و (المجموع ١٥/ ٢٦٢) و (انظر الكافي ٤٥٨/١) لمذهب مالك .

(١) حديث « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » رواه البيهقي ، وأصله في الصحيحين .

إلى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف . ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه اللعان . وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضَتْ فقال الجمهور : القول قول المرأة وبه قال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور ، وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول (١) .

وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً ، والقول بأن القول قولها أبداً أحسن لأنها مُدَّعىً عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج ، واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلاً زَوَّجْتُكَ على هذا العبد ، وقالت هي زَوَّجْتُك على هذا الثوب ، فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء . وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما أعترف به . وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ، وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبهه سواء أشبه قولها أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبهاً كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبهاً تحالفا وكان لها صداق المثل . وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافهما في

---

(١) إذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق إلى زوجته ، وأنكرت ، ولا بينة له ، فالقول قول الزوجة مع يمينها . وبه قال الشعبي ، وسعيد بن جبير ، وأهل الكوفة ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه .

وقال مالك ، والأوزاعي : إن كان الاختلاف قبل الدخول ، فالقول قول الزوجة ، وإن كان بعد الدخول ، فالقول قول الزوج . وقال فقهاء المدينة السبعة : إن كان الاختلاف قبل الزفاف ، فالقول قولها ، وإن كان بعد الزفاف ، فالقول قوله . انظر (المجموع ١٥/ ٢٦٢) .

القَدْرِ : أعني يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل [١] .

وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالىء . والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ، ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياساً على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ، ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحِلِّية قال : يجب قبل الدخول . ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

* * *

الركن الثالث

في معرفة محل العقد وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصِهْر ، ورضاع . واختلف فيها

(١) انظر (الكافي ١/ ٤٥٨) لمذهب مالك .

وعند الشافعي في هذه المسألة يتحالفان ، ويكون لها مهر المثل ، وبه قال أبو ثور . انظر (المجموع ١٥/ ٢٥٨) .

أما عند أحمد ، فإن قال : تزوجتك على هذا العبد ، فقالت : بل على هذه الأمة ، وكانت قيمة العبد مهر المثل ، أو أكثر ، وقيمة الأمة فوق ذلك ، حلف الزوج ، ووجبت له قيمة العبد ، لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما ينكره وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل ، أو أقل ، وقيمة العبد أقل من ذلك ، فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وهل تجب الأمة أو قيمتها ؟ فيه وجهان . انظر (المغني ٦/ ٧٠٩) .

وعند أبي حنيفة : إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر ، فلها قيمة الجارية لا عينها لأن تمليك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ، ولم يتفقا عليه ، فوجب القضاء بقيمتها . انظر (تحفة الفقهاء ٢/٢١٥) .

الـزنـا ، واللعـان . والغير مـؤبـدة تنقسم إلى تسعـة :**أحـدهـا** : مـانـع العـدد . **والثاني** : مانع الجمع . **والثالث** : مانع الرق . **الرابع** : مانع الكفر . **والخامس** : مانع الإحرام . **والسادس** : مانع المرض . **والسـابع** : مـانع العـدة على اختلاف في عدم تـأبيـده . **والثـامن** : مـانع التطليق ثلاثـاً للمطلق . **والتـاسع** : مـانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعـاً ، ففي هـذا البـاب أربعـة عشر فصلاً .

الفصل الأول

في مانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللائي يَحْرُمْنَ من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ، واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم كل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ، والبنت : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ، وأما الأخت : فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما أعني الأب أو الأم أو كليهما ، والعمة : اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة ، وأما الخالة : فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ، وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قِبَلِ أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ، وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ **حُرِّمَتْ عليكم** ﴾ [1] إلى آخر الآية . وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء يحرم الوطء بملك اليمين .

* * *

---

(١) النساء آية ٢٣ .

الفصل الثاني

في المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع : زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تَنْكِحوا ما نَكَحَ آباؤكُم مِن النِّساء ﴾ [(١)] الآية . وزوجات الأبناء والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وحَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الذين مِنْ أَصْلابِكُمْ ﴾ [(٢)] وأمهات النساء أيضاً ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وأُمَّهاتُ نِسائِكُمْ ﴾ [(٢)] وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَرَبائِبُكُم اللّاتي في حُجُورِكُم مِّن نِّسائِكُمُ اللّاتي دَخَلْتُم بِهِنّ ﴾ [(٢)] فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنتين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج ، والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء ؟ . وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختُلِف أيضاً من هذا الباب في مسألة رابعة ، وهي هل يوجب الزنا في هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؟ فهنا أربع مسائل :

المسألة الأولى : وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ، وقال داود : ذلك من شرطه ، ومبنى الخلاف هل قوله تعالى : ﴿ اللّاتي في حُجُورِكُمْ ﴾ [(٢)] وصف له تأثير في الحُرْمَةِ أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب ، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حِجْره أو التي ليست في

---

(١) النساء آية ٢٢ .

(٢) النساء آية ٢٣ .

حجره . قال : تحرم الربيبة بإطلاق ، ومن جعله شرطًا غير معقول المعنى قال : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره [(١)] .

* * *

المسألة الثانية : وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا ؟ فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم . وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود والمزني : لا يحرمه إلا الوطء وهو أحد قولي

---

(١) الربائب بنات النساء اللاتي دخل بهن ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهي كل بنت للزوجة من نسب ، أو رضاع قريبة ، أو بعيدة ، وارثة ، أو غير وارثة ، سواء كانت في حجره ، أو لم تكن في حجره في قول عامة الفقهاء ، إلا ما روي عن عمر ، وعلي رضي الله عنهما ، أنهما رخصا في الربيبة التي لم تكن في الحجر ، وهو قول داود .

قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول انظر (المغني ٦/ ٥٦٩) وانظر (المحلي ١١/ ١٥٥) .

وقد تمسك أهل الظاهر بظاهر الآية ﴿ **وَرَبَائِبُكُمُ اللاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ** ﴾ فقالوا : لم يحرم الله الربيبة بنت الزوجة ، إلا بالدخول بها ، وأن تكون في حجره ، فلا تحرم إلا بالأمرين معاً ، وكونها في حجره ينقسم قسمين : **أحدهما** : سكناها معه في منزله ، وكونه كافلاً لها . **والثاني** : نظره إلى أمورها نحو الولاية ، لا بمعنى الوكالة .

وحجة الجمهور قوله عليه الصلاة والسلام لأم حبيبة « لا تعرض على بناتكن ولا أخواتكن » ولأن التَّرْبِيَة لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات .

وأما الآية ، فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وإن لم يدخل بالمرأة ، لم تحرم عليه بناتها في قول عامة العلماء .

وقد أجمعوا أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها ، جاز له أن يتزوج ابنتها ، وهو قول مالك ، والثوري ، والأوزاعي وأحمد ، وإسحق ، وأبي ثور ، ومن تبعهم . انظر (المغني ٦/ ٥٧٠) وانظر (المجموع ١٥/ ١٠٧) .

الشافعي المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أي عضو كان ، وفيه عنه خلاف ، ووافقه أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط ، وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ، وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوليه فلم يوجب في النظر شيئاً . وأوجب في اللمس [١] . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى : ﴿ **اللاتي دخلتم بهن** ﴾ الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟

* * *

المسألة الثالثة : وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت كالحال في البنت : أعنى أنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة [٢] .

---

(١) انظر مذهب الشافعي لما ذكره المؤلف (التهذيب مع المجموع ١٥/ ١٠٦) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي في أنها تحرم بالوطء ، لا غيره . انظر (المغني ٦/ ٥٧٠) وانظر لمذهب مالك (قوانين الأحكام الشرعية (ص/٢١٨) من أن مقدمات الوطء ، والنظر إلى باطن جسمها يحرم عليه ابنتها .

وعند أبي حنيفة تثبت بالوطء الحلال بنكاح صحيح دون الفاسد ، وكذلك تثبت بالنظر إلى الفرج عن شهوة دون النظر إلى سائر الأعضاء وتثبت باللمس عن شهوة في سائر الأعضاء . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ١٨٣) .

(٢) من تزوج امرأة حرم عليه كل أمٍّ لها من نسب ، أو رضاع ، قريبة ، أو بعيدة بمجرد العقد . نص عليه أحمد ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة .

وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول ، وبه قال مجاهد . انظر (المغني ٦/ ٥٦٢) و (المجموع ١٥/١٠٧) .

وقال زيد : تحرم بالدخول ، أو بالموت ، لأنه يقوم مقام الدخول . (المصدر السابق) .

ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى : ﴿ اللاتي دَخلتُم بِهِنّ ﴾ يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى : ﴿ وأمهاتُ نِسائِكم وربائبكم اللاتي في حُجُورِكُم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ [١] فإنه يحتمل أن يكون قوله - تعالى - ﴿ اللاتي دخلتم بهن ﴾ يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » [٢] .

* * *

= ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ وأمهاتُ نسائكم ﴾ والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها في عموم الآية . وقال ابن عباس : أبهموا ما أبهم القرآن . وعمموا حكمه في كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها ، وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة ، فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ، ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده . انظر (المغني ٦/ ٥٦٩) .

(١) النساء آية ٢٣ .

(٢) الحديث رواه الترمذي عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل نكح امرأة ، فدخل بها ، فلا يحل له نكاح ابنتها ، فإن لم يكن دخل بها ، فلينكح ابنتها ، وأيما رجل نكح امرأة ، فدخل بها ، أو لم يدخل بها ، فلا يحل له نكاح أمها » قال أبو عيسى : هذا حديث لا يصح من قبل إسناده ، وإنما رواه ابن لهيعة ، والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب ، والمثنى بن الصباح ، وابن لهيعة يضعفان في الحديث ، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم ، قالوا : إذا تزوج الرجل امرأة ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، حل له أن ينكح ابنتها ، وإذا تزوج الرجل الابنة فطلقها قبل أن يدخل بها ، لم يحل له نكاح أمها لقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وإسحق (٤/ ٢٦٠) مع تحفة الأحوذي ورواه البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ « أيما رجل نكح امرأة ، فدخل بها ، أو لم يدخل بها ، فلا يحل له نكاح أمها وأيما رجل نكح امرأة ، فدخل بها ، فلا يحل له نكاح ابنتها ، وإن لم يدخل بها ، فلينكح ابنتها إن شاء » .

ورواه كذلك عن مثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بلفظ « إذا نكح الرجل المرأة ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فله أن يتزوج ابنتها ، وليس له أن =

وأما المسألة الرابعة : فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعني الذي يُدرأ فيه الحد ، فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزعي : يحرم الزنا ما يحرم النكاح ، وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم ، وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون إلى ما في الموطأ ، وقد روي عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ [1] . وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح : أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى :

= يتزوج أمها » ثم قال البيهقي : مثنى بن الصباح غير قوي (وقد تابعه) على هذه الرواية عبد الله بن لهيعة عن عمرو . انظر (البيهقي ٧/ ١٦٠) .

(١) إذا زنى بامرأة حرمت على أبيه ، وابنه ، وحرمت عليه أمها ، وابنتها كما لو وطئها بشبهة ، أو حلالاً ، ولو وطىء أم امرأته ، أو بنتها ، حرمت عليه امرأته : نص عليه أحمد في رواية جماعة ، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن ، وعطاء ، وطاوس ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وإسحق ، وأبو حنيفة وروي عن ابن عباس أن الوطء الحرام ، لا يحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ويحيى بن يعمر ، وعروة ، والزهري ، ومالك ، والشافعي وأبو ثور ، وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا يحرم الحرام الحلال » ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً ، فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولأصحاب الرأي الأول قوله تعالى : ﴿ **ولا تَنْكِحوا ما نَكَحَ آباؤكم من النساء** ﴾ والوطء يسمى نكاحاً . وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله تعالى : ﴿ **إنه كان فاحشةً وَمقْتاً وساء سبيلاً** ﴾ وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وكذلك روى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب ، فأعجبه ، ولأن ما تعلق من التحريم المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ، ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة ، فأفسده الوطء الحرام كالإحرام . انظر (المغني ٦/ ٢٧٦) وانظر لمذهب مالك (الموطأ ٢/ ٥٣٣) وانظر (المدونة ٢/ ٢٠٢) وقوله هنا يخالف قوله في الموطأ .

﴿ ولا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤكم ﴾ [(١)] قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرم الزنا . ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال يحرم الزنا أيضاً ، ومن شبهه بالنسب قال : لا يحرم لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح [(٢)] . واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

* * *

---

(١) النساء آية ٢٢ .

(٢) انظر لهذا ما أجمع عليه الأكثر (المغني ٦/ ٥٧٧) .

الفصل الثالث

في مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم منه النسب . أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب [١] واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع : **إحداها** : في مقدار المحرِّم من اللبن . **الثانية** : في سن الرضاع . **والثالثة** : في حل المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرِّم وقتاً خاصاً . **والرابعة** : هل يعتبر فيه وصوله برضاعٍ والتقامِ الثدي أو لا يعتبر ، **والخامسة** : هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر . **والسادسة** : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر **والسابعة** : هل ينزل صاحب اللبن - أعنى الزوج - من المرْضَعِ منزلة أب : وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب . **والثامنة** : الشهادة على الرضاع ، **والتاسعة** : صفة المرضعة .

المسألة الأولى : أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه ، وروي عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس ، وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي ، وقالت طائفة : بتحديد القَدْر المحرِّم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاثة فرق ، فقالت طائفة : لاتُحَرِّمُ المصّة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها ، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ، وقالت طائفة : المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعي ، وقالت طائفة : عشر رضعات [٢] .

---

(١) انظر هذا الإجماع (المغني ٦/ ٥٧١) .

(٢) ذهب الجمهور إلى أن الرضاع الواصل إلى الجوف يقتضي التحريم وإن قَلَّ ، وهو مروي عن علي ، وابن عباس ، وابن عمر ، والثوري ، والعترة وأبي حنيفة ، وأصحابه ، ومالك ، وزيد بن أوس ، وعن سعيد بن المسيب ، والحسن ، والزهري ، وقتادة ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي . =

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضاً . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم** ﴾ (١) الآية ، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى : **أحدهما** : حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان » (٢) خرجه مسلم من طريق عائشة ، ومن طريق أم الفضل ، ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان » **والحديث الثاني** :

= وزعم الليث بن سعد أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع ، وكثيره يحرم منه ما يفطر الصائم ، وهو رواية عن أحمد . وحكى ابن القيم عن الليث أنه لا يحرم إلا خمس رضعات .
وروي عن زيد بن ثابت ، وابن المنذر أن المحرم ثلاث رضعات وروي ذلك عن أبي عبيد ، وداود الظاهري ، وأحمد في رواية .
وممن قال إن المحرم خمس رضعات ابن مسعود ، وعائشة ، وعبد الله بن الزبير ، وعطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وعروة بن الزبير والليث بن سعد ، والشافعي ، وأحمد في ظاهر مذهبه ، وإسحق وابن حزم ، وجماعة من أهل العلم . انظر (نيل الأوطار ٦/ ٣٤٨) وما بعدها . وانظر (المجموع ١٥/١٠٢) و (القرطبي ٥/١٠٩) و (الكافي ١/٤٤٢) لمذهب مالك . وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣٥٢) لمذهب أبي حنيفة . وانظر (المغني ٧/ ٥٣٥) لابن قدامة .

(١) النساء آية ٢٣ .

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري عن عائشة بلفظ « لا تُحَرِّمُ المصة ، ولا المصتان » وفي رواية أم الفضل « لا تحرم الرضعة ، ولا الرضعتان والمصة ، والمصتان » رواه مسلم ، وأحمد .
وعن أم الفضل « لا تحرم الإملاجة ، ولا الإملاجتان » رواه مسلم ، وأحمد . وعن عبد الله بن الزبير مثل حديث عائشة رواه أحمد ، والنسائي والترمذي ، وابن حبان . وقال الترمذي : الصحيح عن أهل الحديث من رواية ابن الزبير عن عائشة ، وأعله ابن جرير الطبري بالاضطراب ورواه النَّسائي من حديث أبي هريرة . وقال ابن عبد البر : لا يصح مرفوعاً و « الإملاجة » الإرضاعة الواحدة ، مثل المصة . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٣٤٧) .

حديث سهلة في سالم أنه قال لها النبي ﷺ « أرضعيه خمس رضعات »[١] وحديث عائشة في هذا المعنى أيضاً قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن خمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ من القرآن »[٢] فمن رجّح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصة والمصتان .

ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصة ولا المصتان » على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب في قوله « لا تحرم المصة ولا المصتان » يقتضي أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب في قوله « أرضعيه خمس رضعات » يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلَيِ الخطاب .

المسألة الثانية : واتفقوا على أن الرضاع يُحَرِّمُ في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه الصلاة والسلام[٣] .

---

(١) حديث سالم رواه مالك في الموطأ عن عائشة في قصة إرضاعه . ورواه أحمد ، والنسائي ، ورواه الشافعي في الأم عن مالك عن الزهري عن عروة مرسلاً ، ورواه عبد الرزاق ، وأخرجه أبو داود والبخاري في المغازي من صحيحه ، والبيهقي ، انظر (نيل الأوطار ٦/ ٣٤٩) .

(٢) رواه مسلم ، وابن حبان (المصدر السابق) .

(٣) اختلف العلماء في تقدير المدة التي يقتضي الرضاع فيها التحريم . الأول : أنه لا يحرم إلا ما كان في الحولين ، وحكي هذا عن عمر وابن عباس ، وابن مسعود ، والعترة ، والشافعي ، وأبي حنيفة والثوري ، والحسن بن صالح ، ومالك ، وزفر ، ومحمد ، وروي عن أبي هريرة ، وابن عمر ، وأحمد ، وأبي يوسف ، وسعيد بن المسيب والشعبي ، وابن شبرمة ، وإسحق ، وأبي عبيد ، وابن المنذر

وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في ذلك حديثان : **أحدهما** : حديث سالم ، وقد تقدم . **والثاني** : حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت « دخل رسول الله ﷺ وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يارسول الله .. إنه أخي من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من إخوانكن من الرضاعة ، فإن الرضاعة من المجاعة »[1] .

فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي ﷺ يرون ذلك رخصة لسالم ، ومن رجَّح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرم رضاع الكبير .

* * *

= **القول الثاني** : أن الرضاع المقتضي للتحريم ما كان قبل الفطام ، وإليه ذهبت أم سلمة ، وروي عن علي ، ولم يصح عنه ، وروي عن ابن عباس ، وبه قال الحسن ، والزهري ، والأوزاعي ، وعكرمة ، وقتادة .

الثالث : أن الرضاع في حال الصغر يقتضي التحريم ، ولم يحد بحد . وروي ذلك عن أزواج النبي ﷺ ما خلا عائشة ، وعن ابن عمر ، وسعيد بن المسيب .

الرابع : ثلاثون شهراً ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وزفر .

الخامس : في الحولين ، وما قاربها ، وروي ذلك عن مالك ، وروي عنه أن الرضاع بعد الحولين لا يحرم قليله ، ولا كثيره ، كما في الموطأ .

السادس : ثلاث سنين ، وهو مروي عن جماعة من أهل الكوفة ، وعن الحسن بن صالح .

السابع : سبع سنين وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز .

الثامن : حولان ، واثنا عشر يوماً ، روي عن ربيعة .

التاسع : أن الرضاع يعتبر فيه الصغر ، إلا ما دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستغنى عن دخوله على المرأة ، ويشق احتجابها منه ، وإليه ذهب ابن تيمية ، ورجحه الشوكاني . قال الشوكاني : وبه يحصل الجمع بين الأحاديث .

انظر (نيل الأوطار ٦/ ٣٥٣) وهو ما أرجحه . وانظر لمذهب الظاهرية (المحلى ١١/ ١٨١) .

(١) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة (منتقى الأخبار ٦/ ٣٥٤) .

المسألة الثالثة : واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ، وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به [١] . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « فإنما الرضاعة من المجاعة » [٢] فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فُطِمَ في بعض الحولين لم يكن رضاعاً من المجاعة ، فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المُرْضَعِ نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ؟ والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط . وبه قال زفر ، واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قولٍ الشهر عنه . وفي قولٍ عنه إلى ثلاثة أشهر ، وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور [٣] .

---

(١) إذا رضع بعد الفطام ، وقبل الحولين ، واستغنى بالطعام ، فمذهب مالك أن ذلك لا يحرم . انظر (الكافي ١/ ٤٤٢) أما أبو حنيفة ، فإنه روى عنه محمد أن ما كان من الرضاع إلى ثلاثين شهراً قبل الفطام ، أو بعده ، فهو رضاع محرم .
وروى عنه الحسن أنه إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالطعام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين ، أو الثلاثين شهراً ، لم يكن ذلك رضاعاً ، لأنه لا رضاع بعد فطام تام . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣٥٤) ومذهب الشافعي تثبت الحرمة فيما دون الحولين ، وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٧/ ٥٤٤) .

(٢) حديث « إنما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه أخرجه البخاري ، ومسلم عن عائشة .

(٣) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/٢١٧) لمذهب مالك و (تحفة الفقهاء) لمذهب أبي حنيفة .
أما في مذهب أحمد ، فقال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم وقال القاضي : لو شرع في الرضعة الخامسة ، فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم . قال ابن قدامة : ولا يصح هذا ، لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا =

وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى : ﴿ **والوالدتُ يُرْضِعْنَ أولادَهُنّ حَوْلَيْن كاملين** ﴾[1] يوهم أن مازاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الرضاعة من المجاعة » يقتضي عمومه أن مادام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

المسألة الرابعة : وأما هل يحرم الوَجُور واللدود ، وبالجملة ما يصل إلى الحلق من غير رضاع ، فإن مالكاً قال : يحرم الوجور واللدود ، وقال عطاء وداود : لا يحرم[2] . وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ، ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

المسألة الخامسة : وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا في ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً لم

= ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به ، انظر (المغني ٧/ ٥٤٤) .

(١) البقرة آية ٢٢٣ .

(٢) الوجور ، واللدود عند مالك إذا وصل إلى الجوف عن طريق الفم ، فيحرم . أما إذا وصل إلى الجوف من غير طريق الحلق كالحقنة ، وشبهها من اللبن ، فلا يحرم شيئاً ، وإذا اختلط اللبن بغيره ، فالحكم للأغلب منها . انظر (الكافي ١/ ٤٤٣) وهو مذهب أحمد ، وهو مذهب أبي حنيفة كذلك وهو مذهب الشافعي . انظر (الروضة ٩/ ٨) وعند الشافعي : الحقنة ، وكذا الصب في الجراحة يثبت بها التحريم ، إذا كانا مؤثرين . وانظر (المحلى ١١/ ١٧٨) لمذهب الظاهرية ، وعطاء ، وهو مذهب الليث كذلك .

تذهب عَيْنُه [١] .

وسبب اختلافهم هل يبقى للَّبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟

* * *

المسألة السادسة : وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لا يعتبر فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به . ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لا يصل ؟

المسألة السابعة : وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن : أعني زوج المرأة أباً

---

(١) ذكرنا مذهب مالك ، إذا اختلط اللبن بغيره ، فقلنا الحكم للأغلب منها وعند أبي حنيفة : إن اختلط بالطعام ، ومسته النار ، حتى نضج ، وطبخ لم يتعلق به الحرمة في قولهم جميعاً .

وإن اختلط به الطعام ، ولم تمسه النار ، فإن كان الطعام هو الغالب : لم يثبت به التحريم ، لأنه زال قوة اللبن ، وصار اللبن كالعدم .

وإن كان اللبن غالباً للطعام ، وهو طعام ظاهر يعتد به ، قال أبو حنيفة : لا يقع به التحريم ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يحرم اعتباراً للغالب . أما إذا اختلط بالدواء ، أو الدهن ، أو الماء ، فإن كان اللبن غالباً ، يقع به التحريم عند أبي حنيفة ، وصاحبيه . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣٥٦) أما مذهب أحمد ، فإنه إذا خالط اللبن سواه ، فقال الخرقي : هو كاللبن الذي لم يخالطه شيء في الحرمة ، وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم ، لأنه وجور ، وحكى ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا ، وهو قول أبي ثور ، والمزني . انظر (المغني ٧/ ٥٣٩) .

قال النووي لمذهب الشافعي : لو عجن به دقيق ، وخبز تعلقت به الحرمة على الصحيح ، ولو خلط بمائع ، إما دواء ، وإما غيره حلال كالماء ولبن الشاة ، أو حرام كالخمر ، نظر ، إن كان اللبن غالباً ، تعلقت الحرمة بالمخلوط ، فلو شرب منه خمس مرات ثبت التحريم ، وإن كان اللبن مغلوباً ، فقولان . انظر (الروضة ٩/ ٤) .

للمرضع حتى بينهما ومن قبلها ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ، وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر(١) .

وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو قالت « جاء أفلح أخو أبي القُعَيْس يستأذن عليّ بعد أن أُنزِلَ الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله ﷺ فقال : إنه عمك فَأْذني له ، فقلت يارسول الله .. إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال : إنه عَمُّكِ فلْيَلِجْ عليك » خرجه البخاري ومسلم ومالك (٢) . فمن رأى

(١) لبن الفحل قال ابن قدامة : معناه أن المرأة ، إذا أرضعت طفلاً بلبن ثاب من وطء رجل ، حرم الطفل على الرجل ، وأقاربه ، كما يحرم ولده من النسب .

وقال أحمد : لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان ، فترضع هذه صبية ، وهذه صبياً ، لا يزوج هذا من تلك الصبية .

وممن قال بتحريمه علي ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، والشعبي ، والقاسم ، وعروة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي والشافعي ، وإسحق ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر وأبو حنيفة .

قال ابن عبد البر : وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز ، والعراق والشام ، وجماعة أهل الحديث .

ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ابن يسار ، والنخعي وأبو قلابة . ويروى ذلك عن ابن الزبير ، وجماعة من الصحابة غير مسمين ، لأن الرضاع من المرأة ، لا من الرجل . انظر (المغني ٦/ ٥٧٢) .

(٢) الحديث رواه الجماعة انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/٣٥٦) و « أفلح » بالفاء ، والحاء المهملة ، هو مولى رسول الله ﷺ وقيل : مولى أم سلمة ، والقعيس بضم القاف ، وبعين ، وسين مهملتين مصغراً .

أن ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ **وَأُمَّهاتُكُمْ اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَواتُكُم مِّن الرَّضَاعَةِ** ﴾ (١) وعلى قوله ﷺ « يَحْرُمُ من الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ من الوِلادة » (٢) قال : لبن الفحل محرم ، ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، اذا لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إنْ عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهي الرواية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ، ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

المسألة الثامنة : وأما الشهادة على الرضاع فإن قوماً قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوماً قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة أربع ، وبه قال الشافعي وعطاء ، وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة . والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فُشُوَّ قولها بذلك قبل الشهادة ، وهو مذهب مالك وابن القاسم ، ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومنهم من اشترط ذلك ، وهي رواية عن مالك ، وقد روي عنه أنه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنتين (٣) .

---

(١) النساء آية ٢٣ .

(٢) الحديث رواه الجماعة . انظر (نيل الأوطار ٦/ ٣٥٦) بهذا اللفظ ، ورواه البخاري ، ومسلم ، وابن ماجة « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

(٣) مذهب أحمد أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مَرْضِيّة ، وبهذا قال طاوس ، =

والسبب في اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيا ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان ، وستأتي هذه المسألة في كتاب الشهادات إنْ شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه ، أعني أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة . والأمر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال « يارسول الله .. إني تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله ﷺ : كيف وقد قيل ؟ دعها عنك »[1] وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الأصول ، وهو أشبه ، وهي رواية عن مالك .

= والزهري ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم ، لأن الرجال أكمل من النساء ، ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى .

وعن أحمد رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتُستحلف مع شهادتها ، وهو قول ابن عباس ، وإسحق ، لأن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً ، وأهله ، فقال : « إن كانت مَرْضِيّة ، استُحلِفَتْ ، وفارق امرأته ، وقال : إن كانت كاذبة لم يَحُلِ الحَوْلُ حتى تبيض ثدياها » يعني يصيبها فيها بَرَصٌ عقوبةً على كذبها ، قال ابن قدامة : وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدي إليه رأي ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً .

وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع ، لأن كل امرأتين كرجل ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : لا يقبل إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان ، وروي ذلك عن عمر ، لقوله تعالى : ﴿ **واستَشْهِدوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُم فإن لَّم يكونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامرأتان** ﴾ وحجة القول الأول ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحي بنت أبي إهاب ، فجاءت أمةٌ سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال : « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » انظر (المغني ٧/ ٥٥٨) وانظر (نيل الأوطار ٦/ ٣٥٨) .

(١) رواه أحمد ، والبخاري ، وفي رواية « دعها عنك » رواه الجماعة إلا مسلماً وابن ماجة انظر (منتقى الأخبار ٦/ ٣٥٨) .

=

المسألة التاسعة : وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ ، واليائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملاً كانت أو غير حامل ، وشذ بعضهم فأوجب حرمة لِلَبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي ، وإنْ وجد فليس لبناً إلا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة [1] ، وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ؟ ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

---

(١) المنصوص عن أحمد أن لبن الميتة يحرم ، وهي رواية إبراهيم الحربي ، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة ، وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم وأبي حنيفة ، وابن المنذر .
وقال الخلال : لا ينشر الحرمة ، وتوقف عنه أحمد في رواية مهنّى . ومذهب الشافعي لا يحرم لبن الميتة . انظر (المغني ٥٤٠/٧) و (الروضة ٣/٩) ولكن لو حلب منها ، وهي حية ، ثم أعطى الرضيع ذلك الحليب ، فإنه يحرم .

الفصل الرابع

في مانع الزنا

واختلفوا في زواج الزانية ، فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم [١] . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ **والزانيةُ لا يَنْكِحُها إلا زانٍ أَوْ مُشْرِكٍ ، وحُرِّمَ ذٰلك على المؤمنين** ﴾ [٢] هل خرج مَخْرَجَ الذمِّ أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة في قوله : ﴿ **وحُرِّمَ ذلك على المؤمنين** ﴾ إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث « أن رجلاً قال للنبي ﷺ في زوجته أنها لا ترد يد لامس . فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : « طلقها » ، فقال له إني أحبها . فقال له : فأمْسِكْها » [٣] وقال قوم أيضا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا

---

(١) لا يحل نكاح الزانية إلا بشرطين : **الشرط الأول** : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنا ، فقضاء عدتها بوضعه ، ولا يحل نكاحها قبل وضعه . وهو قول أحمد ، ومالك ، وأبي يوسف ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قال : يحل نكاحها ، ويصح ، وهو مذهب الشافعي .
والشرط الثاني : أن تتوب من الزنا . قاله أحمد ، وقتادة ، وإسحق وأبو عبيد .
وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، لا يشترط ذلك . لما روي أن عمر ضرب رجلاً وامرأة في الزنا ، وحرص أن يجمع بينهما ، فأبى الرجل . وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية ، فقال : « يجوز ، أرأيت لو سرق من كَرْمٍ ، ثم ابتاعه ، أكان يجوز ؟ » فإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني ، وغيره في قول أكثر أهل العلم : أبي بكر ، وعمر ، وابنه ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأبي حنيفة .

وروي عن ابن مسعود ، والبراء بن عازب ، وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال ، قالوا : لا يزالان زانيين ما اجتمعا . انظر (المغني ٦/ ٦٠٣) .

(٢) النور آية ٣ .

(٣) رواه أبو داود ، والنسائي بلفظ جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : « إن امرأتي لا تمنع يَدَ لامسٍ ، قال : غرِّبها ، قال : أخاف أن تتبعها نفسي ، قال : فاستمتع بها » قال المنذري : ورجال إسناده يحتج بهم في الصحيحين . وذكر الدارقطني أن الحسن بن واقد تفرد به عن عمارة بن أبي حفصة ، =

الأصل [1] . وبه قال الحسن : وأما زواج المُلاعِنة من زوجها الملاعِنِ فسنذكرها في كتاب اللعان .

* * *

= وأن الفضل بن موسى السينـاني بكسر (المهملـة ، ثم تحتيـة ، ثم نـونين بينهما ألف) تفرد بـه عن الحسن بن واقد وأخرجه النسائي من حـديث عبـد الله بن عبيـد بن عمير عن ابن عبـاس وَبوَّبَ عليه في سننه « تزويج الزانية » وقال : هـذا الحـديث ليس بثـابت ، وذكر أن المرسل فيـه أولى بالصواب ، وقال الإمام أحمد : لا تمنع يـد لامس : تعطي من مـالـه ، قـال الشوكاني : فـإن أبـا عبيدة يقول : من الفجور ، قـال : ليس عنـدنـا إلا أنهـا تعطي من مـالـه ، ولم يكن النبي ﷺ ليأمره بإمساكها ، وهي تفجر ، وسئل عنه ابن الأعرابي ، فقال : من الفجور . وقـال الخطـابي : معناه الزانية وأنها مطاوعة لمن أرادها ، لا ترد يده . وعن جابر عنـد البيهقي بنحو حـديث ابن عباس . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٦٤) .

(١) إن زنت امرأة رجل ، أو زنى زوجها ، لم ينفسخ النكاح ، سواء كان قبل الدخول ، أو بعده عنـد عامة أهل العلم ، وبه قال مجاهد ، وعطـاء ، والنخعي ، والثوري ، والشـافعي ، وإسحق ، وأبي حنيفـة . وعن جـابر بن عبـد الله أن المرأة إذا زنت ، يفرق بينهما ، وليس لهـا شيء . وكـذلـك روي عن الحسن ، وعن علي أنه فرق بين رجل ، وامرأته ، زنى قبل الدخول بهـا ، واحتج لهؤلاء بأنه لو قذفها ، ولاعنها بانت منه ، لتحقيقه الزنا عليها ، فدل على أن الزنا يفرق بينهما .

ولأهل القول الأول : أن دعواه الزنـا عليهـا ، لا يبينهـا ، ولو كان النكاح ينفسخ به ، لا ينفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام ، فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنـه يقتضي الفسخ بدون الزنا ، بدليل أنها إذا لاعنته ، فقـد قـابلتـه فلم يثبت زنـاهـا . ولكن أحمـد استحب للرجل مفارقتها . انظر (المغني ٦/ ٦٠٤) .

وكما ترى ، فإن قول الجمهور أقوى ، وأقرب للأدلة ، والله أعلم .

الفصل الخامس

في مانع العدد

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معاً ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا في موضعين : في العبيد ، وفيا فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعاً . وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط [١] . وسبب اختلافهم : هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا ؟ وكذلك الطلاق عند من رأى ذلك . وذاك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا : أعني أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مَثْنى وثُلاثَ وَرباعَ** ﴾ [٢] ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشرة نسوة « أمسك أربعاً وفارق سائرهن » [٣] وقالت فرقة : يجوز

---

(١) قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين ، واختلفوا في إباحة الأربع ، فذهب أحمد أنه لا يباح له إلا اثنتان وهذا قول عمر ، وعلي ، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم .

وبه قال عطاء ، والحسن ، والشعبي ، وقتادة ، والثوري ، والشافعي وأبو حنيفة ، وأحمد .

وقال القاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وطاوس ، ومجاهد والزهري ، وربيعة ، ومالك ، وأبو ثور ، وداود : له نكاح أربع لعموم الآية ، ولأن هذه طريقة اللذة ، والشهوة ، فساوى العبد الحر فيه كالمأكل .

واحتج أهل القول الأول بقول الصحابة المذكورين ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم ، فكان إجماعاً . انظر (المغني ٦/ ٥٤٠) وانظر (نيل الأوطار ٦/ ١٦٩) ولعل الحق في هذه المسئلة مع أصحاب القول الثاني . والله أعلم .

(٢) النساء آية ٣ .

(٣) حديث غيلان الثقفي رواه أحمد ، وابن ماجة ، والترمذي عن ابن عمر ، وأخرجه الشافعي ، وابن حبان ، والحاكم ، وصححاه ، قال البزار : جَوَّدَه مَعْمَرٌ بالبصرة ، وأفسده باليمن ، فأرسله . =

تسع [١] ، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أعني جمع الأعداد في قوله تعالى : ﴿ مَثْنى وثُلاثَ ورُباعَ ﴾ .

* * *

= وحكى الترمذي عن البخاري أنه قال : هذا الحديث غير محفوظ . قال البخاري : وأما حديث الزهري عن سالم عن أبيه ، فإنما هو « أن رجلاً من ثقيف طلق نساءه ، فقال له عمر : لتراجعن نساءك ، أو لأرجمنك » ، وحكى أبو حاتم وأبو زرعة بأن المرسل أصح . وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وَهِمَ فيه معمر بالبصرة ، قال : فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمنا له بالصحة . وقد أخذ ابن حبان ، والحاكم ، والبيهقي بظاهر الحكم ، فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان ، وأهل اليامة عنه . قال الحافظ : ولا يفيد ذلك شيئاً ، فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة ، وعلى تقدير أنهم سمعوا منه بغيرها ، فحديثه الذي حدَّث به في غير بلده مضطرب ، لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة وأما إذا رحل ، فحدَّثَ من حفظه بأشياء وهم فيها ، اتفق أهل العلم على ذلك : كابن المديني ، والبخاري ، وابن أبي حاتم ، ويعقوب بن أبي شيبة ، وغيرهم . وحكى الأثرم عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح ، والعمل عليه ، وقال ابن عبد البر طرقه كلها معلولة . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٨١) .

وغيلان بن سلمة بن متعب الثقفي ، أسلم بعد الطائف .

(١) ذهبت الظاهرية إلى أنه يحل للرجل أن ينكح تسعاً انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٦٩) قال الحافظ : الإجماع منعقد على أنه لا يجوز أكثر من أربع ، إلا قول من لا يعتد بخلافه من رافضي ، ونحوه ، وأما انتزاعه من الآية ، فلأن الظاهر منها التخيير بين الأعداد المذكورة . انظر (الفتح ٩/ ١١٣) .

أما ما نسبه الشوكاني إلى ابن الصباغ ، والعمراني من الشافعية ، فالصحيح أنهما ردا على من قال : بجواز أن يتزوج أكثر من أربع . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٦٩) .

الفصل السادس

في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى : ﴿ وأَنْ تَجْمَعُوا بين الأُخْتَيْنِ ﴾ (١) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك (٢) .

وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ ﴾ لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى : ﴿ إلا ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ ﴾ وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ ملك اليمين ، ويحتمل أن لايعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ على عمومه ، ولا سيا إن عللنا ذلك بعلة الأخوة أو بسبب موجود فيهما .

واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعي (٣) ، وكذلك

---

(١) النساء آية ٢٣ .

(٢) قال الحافظ : والجمع بين الأختين في التزويج حرام بالإجماع ، سواء كانتا شقيقتين ، أمْ من أب ، أمْ من أمّ ، وسواء النسب والرضاع ، واختلف فيا إذا كانتا بملك اليمين ، فأجازه بعض السلف ، وهي رواية عن أحمد . والجمهور ، وفقهاء الأمصار على المنع ، ونظيره الجمع بين المرأة وعمتها ، أو خالتها ، وحكاه الثوري عن الشيعة . انظر (فتح الباري ٩/ ١٣١) ونقل الإجماع عن ابن عبد البر ، وابن حزم ، والقرطبي ، والنووي .

(٣) قال القرطبي : ذهب كافة العلماء إلى أنه لا يجوز الجمع بالملك ، والوطء ، وإن كان يجوز الجمع بينهما في الملك بإجماع ، وكذلك المرأة ، وابنتها صفقة واحدة ، واختلفوا في عقد النكاح على

اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة

= أخت الجارية التي وطئها ، فقال الأوزاعي : إذا وطىء الجارية له بملك اليمين ، لم يجز له أن يتزوج أختها ، وقال الشافعي : ملك اليمين لا يمنع نكاح الأخت . قال أبو عمر : من جعل عقد النكاح كالشراء ، أجازه ، ومن جعله بيعاً ، أجازه . وشذ أهل الظاهر ، فقالوا : يجوز الجمع بملك اليمين في الوطء . (القرطبي ٥/ ١١٦) وقال ابن قدامة : يجوز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم ، ولا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه في الوطء ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، وكرهه عمر ، وعثمان ، وعلي ، وعمار ، وابن عمر ، وابن مسعود .
وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وجابر بن زيد ، وطاوس ومالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وروي عن ابن عباس أنه قال : أحلتها آية ، وحرمتها آية ، ولم أكن لأفعله ، ويروى ذلك عن علي .
وقد روى ابن منصور عن أحمد ، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال : لا أقول حرام ، ولكن ننهى عنه . وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم ، وقال داود ، وأهل الظاهر : لا يحرم .
إذا كان في ملكه أختان ، فله وطء إحداهما في قول أكثر أهل العلم ، وقال حماد ، والحكم : لا يقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد . والمذهب الأول .
فإذا وطىء إحداهما ، فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه ، وهو قول علي ، وابن عمر ، والحسن ، والأوزاعي ، والشافعي وأحمد .
وإن وطىء أمته ، ثم أراد نكاح أختها ، فقد سئل أحمد عن هذا ، فقال : لا يجمع بين الأختين الأمتين ، فيحتمل أن النكاح لا يصح ، وهي إحدى الروايات عن مالك . وقال الشافعي : يصح النكاح ، وتحل له المنكوحة ، وتحرم أختها . انظر (المغني ٥٨٧/٦) .
مما ذكرنا يتضح أمران : **الأول** : إجماع العلماء على الجمع بين الأختين بملك اليمين ، وقد قال المؤلف اختلفوا في ذلك ، والفقهاء على منعه ..
والثاني : إذا وطىء أمته ، وأراد نكاح أختها ، فمذهب الشافعي ، يصح العقد ، وتحل له المنكوحة ، وتحرم أختها قولاً واحداً ، لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين ، فإذا اجتمعا ، وجب تقديم الأقوى . انظر (المهذب مع المجموع ١٥/ ١١٨) لكن الملاحظ على المؤلف أنه ذكر ما يفيد أن الشافعي يجيز الجمع بين الأختين بملك اليمين بالوطء والنكاح . ومثله القرطبي . فيتأمل ذلك .

والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يجمع بين المرأة وخالتها »(١) واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها وإما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرّات من قِبَلِ الأم ، واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص ، أم هو من باب الخاص أريد به العام ؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به ؟ فقال قوم ـ وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار ـ :

---

(١) الحديث رواه الجماعة . انظر (منتقى الأخبار ٦/ ١٦٦) .

قال الشوكاني : قال ابن عبد البر : أكثر طرقه متواترة عنه ، وزعم قوم أنه تفرد به ، وليس كذلك ، وقال البيهقي عن الشافعي : إن هذا الحديث لم يرو من وجه يثبته أهل الحديث إلا عن أبي هريرة ، وروي من وجوه لا يثبتها أهل العلم بالحديث . قال البيهقي : هو كما قال : قد جاء من حديث علي ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، وأنس ، وأبي سعيد ، وعائشة ، وليس فيها شيء على شرط الصحيح ، وإنما اتفقا على حديث أبي هريرة . وأخرج البخاري رواية عاصم عن الشعبي عن جابر ، وبيَّن الاختلاف على الشعبي فيه قال : والحفاظ يرون رواية عاصم خطأً ، والصواب رواية ابن عون وداود بن هندي . انتهى . قال الحافظ : وهذ الاختلاف لم يقدح عند البخاري ، لأن الشعبي أشهر بجابر منه بأبي هريرة ، وللحديث طريق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجها النسائي من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر . وقول من نقل عنهم البيهقي تضعيف حديث مُعَارَضٌ بتصحيح الترمذي ، وابن حبان ، وغيرهما له ، وكفى بتخريج البخاري له موصولاً قوة ، قال ابن عبد البر : كان بعض أهل الحديث يزعم أنه لم يرو هذا الحديث غير أبي هريرة يعني من وجه يصح ، وكأنه لم يصح حديث الشعبي عن جابر ، وصححه عن أبي هريرة ، والحديثان جميعاً صحيحان . انظر (نيل الأوطار ٦/ ١٦٦) و (فتح الباري ٩/١٣١) .

قال الحافظ : الأحاديث تدل على تحريم الجمع بين المرأة ، وعمتها أو خالتها ، وقد حكاه الترمذي عن عامة أهل العلم ، وقال : لا نعلم بينهم اختلافاً في ذلك . وكذلك حكاه الشافعي عن جميع المفتين وقال : لا اختلاف بينهم في ذلك . وقال ابن المنذر : لست أعلم في منع ذلك اختلافاً اليوم ، وإنما قال بالجواز فرقة من الخوارج . وهكذا حكى الإجماع القرطبي ، واستثنى الخوارج ، كذا نقل الإجماع النووي وابن عبد البر ، وابن حزم . انظر (فتح الباري ٩/ ١٣٢) .

هو خاص أريد به الخصوص فقط ، وأن التحريم لا يتعدى إلى غير مَنْ نَصّ عليه . وقال قوم : هو خاص والمراد به العموم ، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رَحِمٌ محرمة أو غير محرمة ، فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ، ولا بين ابنتي خال أو خالة ، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ، أو بينها وبين بنت خالتها ، وقال قوم : إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، أعني لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا ، ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعاً ، أعني إذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا ، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما ، وأما إنْ جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين أمرأة الرجل وابنته من غيرها ، فإنه إن وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه ، وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة الأجنبي ، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك ، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها [١] .

* * *

(١) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢١٩) لابن جزى فيا ذكره المؤلف .

قال ابن قدامة : أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة ، وربيبتها جائزاً ، لا بأس به ، فعله عبد الله بن جعفر ، وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن ، وعكرمة ، وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته ، لأن إحداهما لو كانت ذكراً ، حرمت عليه الأخرى ، فأشبه المرأة ، وعمتها . انظر (المغني ٦/ ٥٨٨) .

الفصل السابع

في موانع الرِّقّ

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة ، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها . واختلفوا في نكاح الحر الأَمَةَ ، فقال قوم : يجوز بإطلاق ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم ، وقال قوم : لا يجوز إلا بشرطين : عدم الطَّوْل ، وخوف العَنَتِ ، وهو المشهور من مذهب مالك ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي [1] .

---

(١) يجوز للحر المسلم أن يتزوج الأمة المسلمة بشرطين : عدم الطَّوْل ، وخوف العنت . وهذا قول عامة أهل العلم ، لا خلاف بينهم .
والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن لم يَسْتَطِعْ منكم طَوْلاً ﴾ والصبر عنها مع ذلك خير ، وأفضل لقوله تعالى ﴿ وأن تَصْبِروا خير لكم ﴾ .
فإذا عدم الشرطان ، أو أحدهما ، لم يحل نكاحها لحر . روي ذلك عن جابر ، وابن عباس ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، والزهري ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق . وقال مجاهد : مما وسَّع الله على هذه الأُمَّةِ نكاحَ الأَمَةِ ، وإن كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أن يكون تحته حرة ، لأن القدرة على النكاح ، لا تمنع النكاح ، لما يمنعه وجود النكاح كنكاح الأخت ، والخامسة .
وقال قتادة ، والثوري : إذا خاف العنت ، حل له نكاح الأمة ، إن وجد الطَّوْل ، لأن إباحتها لضرورةِ خوفِ العنتِ وقد وجدت ، فلا يندفع إلا بنكاح الأمة ، فأشبه عادم الطَّوْل .
وعند أحمد : إن قدر على تزويج كتابية تعفه ، لم يحل له نكاح الأمة ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .
ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها ، لم يجز له نكاح أمة ، لا نعلم في هذا خلافاً . انظر (المغني ٥٩٧/٦) .
وقد ذكرنا مذهب أبي حنيفة أنه لا يشترط الشرطين كما هو مذهب أحمد والشافعي . وانظر كذلك (تحفة الفقهاء ١٩٠/٢) لمذهب أبي حنيفة . وانظر (الكافي ٤٦٦/١) لمذهب مالك .
ولعل مذهب أبي حنيفة ، ومن قال بقوله أقرب إلى الصواب . والله أعلم .

والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ** ﴾ [١] الآية ، لعموم قوله : ﴿ **وأنكحوا الأيامَى منكم والصّالحين** ﴾ [٢] الآية ، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ **ومَن لَّمْ يستطعْ منكم طَوْلاً** ﴾ الآية ، يقتضي أنه لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين : **أحدهما** : عدم الطَّوْل إلى الحرة ، **والثاني** : خوف العنت . وقوله تعالى : ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم** ﴾ يقتضي بعمومه إنكاحهن من حر أو عبد ، واجداً كان الحر أو غير واجد ، خائفاً للعَنَتِ أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا ـ والله أعلم ـ من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضاً محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرهاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين ، أعني الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما : **أحدهما** : إذا كانت تحته حرة هل هي طَوْل أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هي طول ، وقال غيره : ليست بطول ، وعن مالك في ذلك القولان .

والمسألة الثانية : هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان [٣] ؟ فمن قال إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عَزَب قال : إذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الأمة ، ومن

---

(١) النساء آية ٢٥ .

(٢) النور آية ٣٢ .

(٣) مذهب مالك لا يجوز له سوى واحدة بالشرطين المذكورين . وله قول ضعيف كقول أبي حنيفة . انظر (الكافي ٤٤٦/١) .

وعن أحمد روايتان : فعنه يجوز أن يتزوج أربعاً ، إذا لم يصبر . وهذا قول الزهري ، والحارث العكلي ، وأبي حنيفة .

والرواية الثانية قال أحمد : لا يعجبني أن يتزوج إلا أمة واحدة ، وبه قال قتادة ، والشافعي ، وابن المنذر . انظر (المغني ٥٩٧/٦) .

قـال خوف العنت ، إنما يعتبر بـإطلاق سواء أكان عزبـاً أو متـأهلاً لأنـه قـد لا تكون الزوجة الأولى مـانعـة من العنت ، وهو لا يقـدر على حرة تمنعـه من العنت ، فله أن ينكح أمة ، لأن حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحالـة قبلهـا ، وبخـاصـة إذا خشي العنت من الأمـة التي يريـد نكاحهـا .

وهـذ بعينـه السبب في اختلافهم : هل ينكح أمـة ثـانيـة على الأمـة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلـك أن من اعتبر خوف العنت مع كونـه عَزَبـاً إذ كان الخوف على العـزب أكثر قـال : لا ينكـح أكثر من أمـة واحـدة ، ومن اعتبره مطلقـاً قـال : ينكح أكثر من أمـة واحـدة ، وكـذلـك يقول أنـه ينكـح على الحرة . واعتباره مطلقاً فيه نظر ، وإذا قلنا إن له أن يتزوج على الحرة أمـة فتزوجهـا بغير إذنها فهل لها الخيار في البقـاء معـه أو في فسخ النكاح ؟ اختلف في ذلـك قول مـالـك ، واختلفوا إذا وجـد طَـوْلاً بحرة : هـل يفـارق الأمـة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها . أعني أصحاب مـالـك ، واتفقوا من هـذا البـاب على أنـه لا يجوز أن تنكـح المرأة من مَلَكَتْـه وأنهـا إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح [١] .

* * *

---

(١) إذا تزوج الحر حرة على أمة تحته ، ولم تعلم الحرة بالأمة فيه عن مالك روايتان : **إحداهما** : أنها لا خيار لها ، **والثانية** : أن لها الخيار .

ومن كانت تحته أمتان ، فتزوج حرة عليهما ، وعلمت بإحداهما ولم تعلم بـالإخرى كان لهـا الخيـار على إحدى الروايتين ، ولا خيار لها على الرواية الثانية .

وأجاز مالك لمن تحته حرة أن يتزوج أمة ، وقـال : النكاح ثـابت والحرة بـالخيـار في نفسهـا بين الإقامة ، وبين المفارقة ، وكان قوله قديماً أن ذلـك بـاطل . قـال ابن عبـد البر : وهو الأحوط ، والأولى .

وقـال عبـد الملـك ـ وقـد سئل عن رجل يتزوج أمـة ، وهو ممن يجـد الطـول ـ : أرى أن يفرق بينهما . فقيل إنه يخاف العنت ، فقال : السوط يضرب به ، ثم خففه بعـد ذلـك . انظر (الكافي ٤٤٦/١) .

ومـذهب الظـاهريـة لا ينفسخ النكاح بزواج أمـة على حرة ، ولا بزواج حرة على أمـة . انظر (المحلى ٣٥٧/١١) وهو ما نرجحه . والله أعلم .

الفصل الثامن

في مانع الكفر

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى : ﴿ ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوافِرِ﴾ [١] واختلفوا في نكاحها بالمِلْك . واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روي في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في إحلال الكتابية الأمة بالنكاح ، واتفقوا على إحلالها بملك اليمين [٢] .

والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ ولاتُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوافِرِ﴾ وعموم قوله تعالى : ﴿ ولا تَنْكِحُوا

---

(١) الممتحنة آية ١٠ .

(٢) انظر هذا الإتفاق (المغني ٥٩٥/٦) أعني نكاح الوثنية .

والوثنيات ، وغيرهن من الكفار من غير أهل الكتاب لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين عند أكثر أهل العلم ، منهم مرة الهمذاني ، والزهري ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد .

قال ابن عبد البر : على هذا جماعة فقهاء الأمصار ، وجمهور العلماء ، وما خالفه ، فشذوذ ، لا يعد خلافاً ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس .

وانظر الاتفاق على حل وطء الأمة الكتابية (٥٩٥/٦) .

واتفقوا كذلك على حِلِّ نكاح حرائر أهل الكتاب . قال ابن قدامة : ليس بين أهل العلم ـ بحمد الله ـ اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وممن روي عنه ذلك : عمر ، وعثمان ، وطلحة ، وحذيفة ، وسلمان ، وجابر ، وغيرهم .

قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك . وحرمته الإمامية .

وليس للحر المسلم ، وكذلك العبد المسلم أن يتزوج أمة كتابية في ظاهر مذهب أحمد ، رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن ، والزهري ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، وإسحق ، وروي ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، ومجاهد .

وقال أبو ميسرة ، وأبو حنيفة : يجوز للمسلم نكاحها ، لأنها تحل بملك اليمين ، فحلت بالنكاح كالمسلمة . ونقل ذلك عن أحمد قال : لا بأس بتزويجها ، لكن الخلاّل رَدَّ هذه الرواية . انظر (المغني ٥٩٦/٦) .

المشركات حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾ (١) لعموم قوله : ﴿ والمُحْصَنَاتُ من النِّساء إلاّ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ ﴾ (٢) وهن المسبيّات . وظاهر هذا يقتضي العموم ، سواء أكانت مشركة أو كتابية ، والجمهور على منعها .

وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روي من نكاح المسبيّات في غزوة أَوْطاس إذ استأذنوه في العَزْلِ فأذن لهم . وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل بناء الخصوص على العموم ، أعني أن قوله تعالى : ﴿ والمُحْصَنَاتُ مِن الذين أُوتوا الكِتابَ ﴾ (٣) هو خصوص ، وقوله : ﴿ ولا تَنْكِحوا المشركاتِ حتّى يُؤْمِنَّ ﴾ هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ، ومن ذهب إلى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء .

وإنما اختلفوا في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرة يقتضي إباحة تزويجها ، وباقي العموم إذا استثني منه الحرة يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص بقي الباقي عل العموم ، فمن خصص العموم الباقي بالقياس ، أو لم ير الباقي من العموم المخصوص عموماً قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية . ومن رجح باقي العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ، وهنا أيضًا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس . وذلك أن قوله تعالى : ﴿ مِن فَتَيَاتِكُمُ المؤمنات ﴾ (٤) يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة الغير مؤمنة بدليل الخطاب ، وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، [والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات ، والطائفة الثانية أنه

---

(١) البقرة آية ٢٢١ . (٢) النساء آية ٢٤ .

(٣) المائدة آية ٥ . (٤) النساء آية ٢٥ .

ثمَّ لَمْ يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج] (١) ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى : ﴿ إلا ما مَلَكَتْ أيْمانُكُمْ ﴾ (٢) ولإجماعهم على أن السبي يحل المسبيّة الغير متزوجة . وإنما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإنْ هدم فمتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معاً ـ أعني الزوج والزوجة ـ لم يُفْسَخْ نكاحها ، وإنْ سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم : بل السبي يهدم سُبِيا معاً أو سُبِيَ أحدهما قبل الآخر ، وبه قال الشافعي ، وعن مالك قولان : **أحدهما** : أن السبي لا يهدم النكاح أصلاً . **والثاني** : أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعي (٣) .

---

(١) ما بين القوسين زائد في بعض النسخ الخطية ، والمصرية .

(٢) النساء آية ٤ .

(٣) إذا سبي المتزوج من الكفار . لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يسبي الزوجان معاً ، فلا ينفسخ نكاحها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والأوزاعي ، وأحمد .

وقال مالك ، والثوري ، والليث ، والشافعي ، وأبو ثور : ينفسخ نكاحها لقوله تعالى : ﴿ **والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾ والمحصنات المتزوجات ﴿ **إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾ بالسبي . قال أبو سعيد الخدري نزلت هذه الآية في سبي أوطاس .

وقال أصحاب القول الأول : إن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق . والآية نزلت في سبايا أوطاس وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن . وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الإسلام ، فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه .

الثاني : أن تسبى المرأة وحدها ، فينفسخ النكاح بلا خلاف إلا أن أبا حنيفة قال : إذا سبت المرأة وحدها ، ثم سبي زوجها بعدها بيوم لم ينفسخ النكاح .

الثالث : سبي الرجل وحده ، فلا ينفسخ النكاح ، لأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه ، وهو مذهب أحمد .

وقال أبو الخطاب : إذا سبي أحد الزوجين ، انفسخ النكاح ، ولم يفرق . وبه قال أبو حنيفة ، لأن الزوجين افترقت بها الدار ، وطرأ المِلك على أحدهما ، فانفسخ النكاح ، كما لو سبيت المرأة وحدها . انظر (المغني ٤٢٧/٨) و (القرطبي ١٢١/٥) وقال الشافعي : إن سبى ، واسترق ، انفسخ نكاحه ، وإن مُنَّ عليه ، أو فُودِيَ ، لم ينفسخ . انظر (المغني ٤٢٧/٨) .

والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم هو تردد المسْتَرقّين الذين أمِنُوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر ، وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يُسبيا معا وبين أن يسبى أحدهما فلأن المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بها لا الرق ، والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال : وأما تشبيهها بالذّمّيّة فبعيد لأن الذّمّيّ إنما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلاً عن نكاحه .

* * *

الفصل التاسع

في مانع الإحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد : لا يَنْكِحُ المحرمُ ولا يُنْكِحُ ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك (١)

وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب : فمنها حديث ابن عباس « أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو مُحْرِمٌ » وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى : من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » فمن رجح حديث ابن عباس قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال : يَنْكِحُ ويُنْكِحُ ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

---

(١) الجمهور يمنعون تزويج المحرم لحديث عثمان « لا يَنْكِحُ المُحْرِمُ ، ولا يُنْكح » أخرجه مسلم ، وأجابوا عن حديث ميمونة الذي يقول « إن النبي ﷺ تزوج ميمونة ، وهو محرم » رواه البخاري بأنه اختلف في الواقعة كيف كانت ، ولا تقوم الحجة ، ولأنها تحتمل الخصوصية ، فكان النهي في الحديث عن ذلك أولى .

وقال عطاء ، وعكرمة ، وأهل الكوفة : يجوز للمحرم أن يتزوج ، كما يجوز له أن يشتري الجارية للوطء . انظر (فتح الباري ٤٢/٤) .

وقد تقدم هذه المسئلة في كتاب الحج .

الفصل العاشر

في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض . فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب [١] .

وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضاً سبب آخر ، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، ورد جواز النكاح بإدخالِ وارثٍ قياسٌ مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى أن قوما رأوا القول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من

---

(١) نكاح المريض جائز ، وهو مذهب الجمهور ، وكذلك المريضة الموقنة موتها ، وغير الموقنة ، وكذلك الموقن ، وغير الموقن ، وهو قول ابن مسعود ، ومعاذ بن جبل ، وقدامة بن مظعون ، وعبد الرحمن بن أبي ربيعة ، والحسن البصري ، والنخعي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، والحسن بن حي ، وداود ، وابن حزم .

وقال مالك : يفسخ نكاح المريض ، وكذلك المريضة ، وهو قول عطاء بن أبي رباح . إلا أنه قال : إن صح من مرضه جاز ذلك النكاح ، وهو قول يحي بن سعيد الأنصاري ، واختلف عن ربيعة ، فروى عنه سمعان - وهو ضعيف - أن صداقها في ثلثه ، وروى عنه معمر - وهو ثقة - أن صداقها وميراثها في ثلثه . وهو قول الليث بن سعد ، وعثمان البتي .

وراعى آخرون المضارّة ، فقالوا : إن لم يكن مُضَارًّا جاز ، وإن كان مضاراً لم يجز ، وهو مروي عن القاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله وهو مروي عن الزهري . انظر (المحلى ١١/٢٠٩) وما بعدها .

وانظر (الكافي ١/٤٥٠) لمذهب مالك .

التوقيف ، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان . والتوقف أيضاً عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقاً إلى الظلم ، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال ، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح ، وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لا يمكن أن يحد في ذلك حد مؤقت صناعي ، وهذا كثيراً ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

* * *

الفصل الحادي عشر

في مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعي والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبداً ، وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية [1] .

وسبب اختلافهم على قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالك روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال : إيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطِباً من الخُطَّابِ ، وإنْ كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدا » [2] قال سعيد :

---

(١) مذهب أحمد ، إذا تزوجها قبل انقضاء عدتها من الزوج الأول ، فالنكاح باطل ، ويجوز للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين ، وعنه رواية أنه تحرم عليه على التأبيد ، وهو قول مالك ، وقديم قول الشافعي لقول عمر « لا ينكحها أبداً » ولأنه استعجل الحق قبل وقته ، فحرمه في وقته ، كالوارث إذا قتل مورثه .

وقال الشافعي في الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول . ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه ، ولأنه وطء يلحق به النسب ، فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ، ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب ، وصيانة للماء ، والنسب لاحقٌ به ههنا . انظر (المغني ٤٨٢/٧) والحق كما ترى مع الشافعي في هذه المسئلة . والله أعلم .

(٢) انظر (الموطأ ٥٣٦/٢) قال الحافظ : قال البيهقي : وروى الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق عن عمر أنه رجع . فقال : لها مهرها ويجتمعان إن شاءا . وأما قول علي ، فرواه الشافعي من طريق زاذان عنه أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل =

ولها مهرها بما استحل منها . وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله ، وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبه الملاعن . وروي عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا . والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة .

وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر في بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليًّا أنكره فرجع عن ذلك عمر : وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ، لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله ﷺ . واختلفوا إن وطىء هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا إنه موثر كان له ابناً بجهةٍ ما ، وان قلنا إنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك . وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره » [1] . وأما النظر في مانع التطليق ثلاثاً . فسيأتي في كتاب الطلاق .

* * *

= من فرجها ، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول ، وتعتد من الآخر . ورواه الدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن جريج عن عطاء نحوه . وحديث عمر كذلك . رواه الشافعي . انظر (التلخيص ٢٣٤/٣) .

(١) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ ، ولكن روى أحمد ، والترمذي ، وأبو داود عن رويفع بن ثابت عن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقي ماءَه ولدَ غيره » وزاد أبو داود « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها » وفي لفظ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا ينكحن ثيباً من السبايا حتى تحيض » رواه أحمد . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٤٤/٦) .

وأخرجه كذلك ابن أبي شيبة ، والدارمي ، والطبراني ، والبيهقي ، والضياء المقدسي ، وابن حبان وصححه ، والبزار وحسنه (نيل الأوطار ٣٤٤/٦) وأخرج مسلم من حديث أبي الدرداء =

....

= عن النبي ﷺ أنه أتى على امرأة مجح على باب فسطاط ، فقال : لعله يريد أن يلم بها ، فقالوا : نعم ، فقال رسول الله ﷺ : لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره . كيف يورثه وهو لا يحل له كيف يستخدمه وهو لا يحل له » انظر (مسلم بهامش إرشاد الساري مع شرح النووي ١٩٧/٦) والمجح : هي الحامل التي قربت ولادتها .

الفصل الثاني عشر

في مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا في المسبيّة على ما تقدم ، واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق . وقال قوم : هو طلاق . وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبيّ بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى : ﴿ إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [1] وذلك أن قوله تعالى : ﴿ إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ يقتضي المسبيّات وغيرهن . وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقاً . لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خيَّرها رسول الله ﷺ بعد العتق . ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها [2] .

---

(١) النساء آية ٢٤ .

(٢) ممن قال إن بيع الأمة طلاقها عبد الله بن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، والحسن بن أبي الحسن ، وأبي بن كعب ، وجابر بن عبد الله ، وابن عباس في رواية عكرمة : أن المراد بالآية ذوات الأزواج ، أي فهن حرام إلا أن يشتري الرجل الأمة ذات الزوج ، فإن بيعها طلاقها والصدقة بها طلاقها ، وإن تورث طلاقها ، وتطليق الزوج طلاقها .

قال ابن مسعود : فإذا بيعت الأمة ، ولها زوج ، فالمشتري أحق ببضعها ، وكذلك المسبية ، كل ذلك موجب للفرقة بينها ، وبين زوجها . قالوا : وإن كان كذلك فلابد أن يكون بيع الأمة طلاقاً لها .

قال القرطبي قلت : وهذا يرده حديث بريرة ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة ، وأعتقتها ، ثم خيرها النبي ﷺ وكانت ذات زوج . وفي إجماعهم على أن بريرة قد خيرت تحت زوجها مغيث بعد أن اشترتها عائشة ، لدليل على أن بيع الأمة ليس طلاقها . وعلى ذلك جماعة فقهاء الأمصار من أهل الرأي والحديث ، وألا طلاق لها إلا الطلاق . وقد احتج بعضهم بعموم قوله تعالى : ﴿ إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ وقياساً على المسبيّات . وما ذكرناه من حديث بريرة يخصه ، ويرده ، وأن ذلك إنما هو خاص بالمسبيات على حديث أبى سعيد . وهو الصواب =

والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين سرية فأصابوا حياً من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساءً لهن أزواج . وكان ناس من أصحاب رسول الله ﷺ تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل ﴿ **والمحصناتُ من النِّساء إلا ما مَلَكَتْ أيمانكم** ﴾[١] وهذه المسألة هي أليق بكتاب الطلاق . فهذه هي جملة الأشياء المصححة للأنكحة في الإسلام ، وهي كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . وأما الأنكحة التي أنعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معاً - أعنى من الزوج والزوجة - وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداءً العقدُ عليها في الإسلام أن الإسلام يصحح ذلك ، واختلفوا في موضعين : **أحدهما** : إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الإسلام . والموضع الثاني إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

فأما المسألة الأولى : وهي إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالكاً[٢] قال : يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ، وبه قال الشافعي وأحمد وداود : وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن في العقد ، فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ، وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من

= والحق إن شاء الله تعالى وحديث بريرة متفق عليه من رواية عائشة .

(١) الحديث أخرجه مسلم . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٧/٤) وأوطاس : وادٍ في ديار هوازن . وأخرجه كذلك النسائي ، وأبو داود ، وأحمد . انظر (نيل الأوطار ١٨٦/٦) .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (فإن مالك) والصواب ما اثبتناه .

أصحاب مالك غيره [١] . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر ، وذلك أنه ورد في ذلك أثران : **أحدهما** : مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعاً » [٢] **الحديث الثاني** : حديث قيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله ﷺ « اختر أيتهما شئت » [٣] .

وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام : أعني أنه كما أن العقد عليهن فاسد في الإسلام كذلك قبل الإسلام وفيه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر . وهي المسألة الثانية ثم أسلم الآخر ، فإنهم اختلفوا في ذلك .

فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي : أنه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه إن أسلم في عدتها كان أحق بها ، وإن أسلم هو وهي فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف من مذاهب الأئمة (نيل الأوطار ١٨١/٦) وانظر (المغني ٦٢٠/٦) .

(٢) حديث غيلان الثقفي تقدم تخريجه . وقد رواه أحمد ، وابن ماجة ، والترمذي ، وقد تقدم الكلام فيه ، فلا حاجة للإعادة . انظر (التلخيص ١٦٨/٣) .

(٣) الحديث الذي ذكره المؤلف أن قيس بن الحارث أسلم على أختين .. ليس كما قال المؤلف ، فإن هذا الحديث عن الضحاك بن فيروز عن أبيه قال « أسلمت ، وعندي امرأتان أختان ، فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما » رواه الخمسة إلا النسائي وفي لفظ الترمذي « اختر أيها شئت » وكذلك رواه الشافعي ، وأحمد ، وابن حبان ، وصححه البيهقي ، وأعله العقيلي ، وغيره . انظر (التلخيص ١٧٦/٣) و (نيل الأوطار ١٨٠/٦) .

أما حديث قيس بن الحارث ، فإنه قال « أسلمت ، وعندي ثماني نسوة ، فأتيت النبي ﷺ ، فذكرت ذلك له . فقال : اختر منهن أربعاً » رواه أبو داود ، وابن ماجة .

قال الشوكاني : حديث قيس بن الحارث ، وفي رواية الحارث بن قيس في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وقد ضعفه غير واحد من الأئمة . وقال أبو القاسم البغوي : ولا أعلم للحارث بين قيس حديثاً غير هذا . وقال أبو عمر النحري : ليس له إلا حديث واحد ، ولم يأت من وجه صحيح . انظر (نيل الأوطار ١٦٩/٦) .

حديث صفوان بن أمية ، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله ﷺ على نكاحه »[١] قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأةً هاجرت إلى رسول الله ﷺ وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتُها بينها وبين زوجها إلا أن يَقْدَمَ زوجُها مهاجِراً قبل أن تنقضي عدتها[٢] .

وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ، وقال الشافعي : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح[٣] وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر

---

(١) رواه مالك في الموطأ . انظر (٥٤٤/٢) وانظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٨٣/٦) .

(٢) رواه مالك في الموطأ . انظر (٥٤٤/٢) و(منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) .

قال ابن عبد البر في الأول : لا أعلمه يتصل من وجه صحيح ، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير ، وابن شهاب إمام أهلها ، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده ـ إن شاء الله ـ (المصدر السابق) .

(٣) إذا أسلم وثني أو مجوسي ، ولم تسلم امرأته ، فرق بينهما ، وهو قول بعض أهل العلم ، ومنهم من قال ينتظر بها تمام العدة ، وممن قال بالقول الأول مالك بن أنس ، وهو قول الحسن ، وطاوس ، ومجاهد ، وعطاء ، وعكرمة ، وقتادة ، والحكم .

وقال الزهري ينتظر بها العدة ، وهو قول الشافعي ، وأحمد .

وأما الكوفيون : وهم سفيان ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، فإنهم قالوا في الكافرين الذمّيّيْن : إذا أسلمت المرأة . عرض على الزوج الإسلام فإن أسلم . وإلا فرق بينهما ، قالوا : ولو كانا حربيين ، فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، إذا كانا جميعاً في دار الحرب ، أو في دار الإسلام وإن كان أحدهما في دار الإسلام ، والآخر في دار الحرب ، انقطعت العصمة ، فراعوا الدار .

وإن كان الزوجان نصرانيّيْنِ ، فأسلمت الزوجة ، فمذهب مالك وأحمد والشافعي الوقوف إلى تمام العدة ، وهو قول مجاهد . وكذلك الوثني تسلم زوجته أنه إن أسلم في عدتها فهو أحق بها .

ومن العلماء من قال : يفسخ النكاح بينهما ، وهو قول طاوس وجماعة غيره ، منهم عطاء ، والحسن ، وعكرمة ، قالوا : لا سبيل عليها إلا بخطبة . انظر (القرطبي ٦٨/١٨) و (نيل الأوطار ١٨٣/٦) .

والقيـاس ، وذلـك أن عموم قولـه تعـالى : ﴿ ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَـوافِرِ ﴾ [١] يقتضي المفارقة على الفور . وأمـا الأثـر المعـارض لمقتضى هـذا العموم فما روي من أن « أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبـة امرأتـه ، وكان إسلامـه بِمَرِّ الظهْران ، ثم رجع إلى مكة وهند بهـا كافرة ، فـأخـذت بلحيتـه وقـالت : اقتلوا الشيخ الضـال ، ثم أسلمت بعـده بأيام فـاستقرا على نكاحهما » [٢] . وأمـا القيـاس المعـارض للأثر فلأنـه يظهر أنـه لا فرق بين أن تسلم هي قبلـه أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل فقـد يجب أن تعتبر في إسلامـه أيضا قبل .

* * *

(١) الممتحنة آية ١ .

(٢) رواه مالك في الموطأ . وقد تقدم .

الباب الثالث

في موجبات الخيار في النكاح

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد - أعني فقد الزوج - . والرابع : العِتْق للأمة المزوّجة .. فيعقد فى هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول

في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين : **أحدهما** : هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟ **والموضع الثاني** : إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟ فأما الموضع الأول فإن مالكاً والشافعي وأصحابها قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك : وقال أهل الظاهر : لا توجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز[1] . وسبب اختلافهم شيئان : **أحدهما** : هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد في ذلك

(١) خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه . روي ذلك عن عمر بن الخطاب . وابنه . وابن عباس ، وبه قال جابر ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد ، ومالك ، وروي عن علي « لا ترد الحرة بعيب » وبه قال النخعي ، والثوري ، وعن ابن مسعود : لا ينفسخ النكاح بعيب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن يكون الرجل مَجْبوباً، أو عِنّيناً ، فإن للمرأة الخيار . فإن أختارت الفراق ، فرق الحاكم بينهما بطلقة ، ولا يكون فسخاً ، لأن وجود العيب ، لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى ، والزَّمانة ، وسائر العيوب . انظر (المغني ٦٥/٦) و (الكافي ٤٦٦/١) و (بدائع الصنائع ٣/ ١٥٢٦) أما العيوب التي يرد كل منهما صاحبه ، فعند الشافعي ، وأحمد ثمانية ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان ، وهي الجنون ، والجذام ، والبرص ، وإثنان يختصان بالرجل ، وهما الجب ، والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة ، وهي الفتق ، والقرن ، والعفل ، وقال القاضي من الحنابلة هي سبعة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحداً ، وهو الرتق أيضاً وهو لحم ينبت في الفرج . وحكى ذلك عن أهل الأدب ، ومثله عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي =

فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص - وفي بعض الروايات : أو قرن - فلها صداقها كاملاً وذلك غرم لزوجها على وليها (٢) .

وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيهاً بالبيع لإجماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء : إمّا قرن أو رَتْق في المرأة أو عُنَّة في الرجل أو خصاء ، واختلف أصحاب مالك في أربع : في السواد والقرع وبخر الفَرْج وبخر الفم ، فقيل ترد بها ، وقيل لا ترد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلّق ولا شيء عليه .

واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس ، فقال مالك : إن كان وليها الذي

= وقال الشافعي : القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره : لا يكون في الفرج عظم ، إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء . وقال أبو الخطاب : الرتق أن يكون الفرج مسدوداً . والقرن ، والعفل لحم ينبت في الفرج ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ، ومجرى المني ، وقيل ما بين القبل والدبر . وذكرها أصحاب الشافعي سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، جعل القرن ، والعفل شيئاً واحداً (المصدر السابق) وعند مالك العيوب أربعة : الجنون : والجذام ، والبرص ، وداء الفرج ويختص الرجل من داء الفرج بالجب ، والخصاء ، والعنة ، والاعتراض ، وتختص المرأة بالقرن ، والرتق ، والعفل ، وبخر الفرج . انظر (الكافي ٤٦٦/١) و (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٤) .

(١) أثر عمر رواه مالك في الموطأ ، والشافعي ، والدارقطني ، وأخرجه سعيد بن منصور . قال الحافظ : رجاله رجال الثقات . انظر (التلخيص) و (بلوغ المرام) و (نيل الأوطار) .

زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء ، وإن كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعي : إن دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي[1] .

وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس ، أعني اتفاقهم على وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس

---

(١) انظر الاتفاق إذا كان الفسخ قبل المسيس (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٥) لمذهب مالك .
وانظر (المغني ٦ / ٦٥٥) لمذهب أحمد ، والشافعي ، ولا مهر للمرأة سواء كان العيب في الرجل ، أو المرأة .
وإن كان الفسخ بعد الدخول ، فلها المهر ، وعن أحمد روايتان : إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد . وبوجوب المهر المسمى قال مالك . انظر (الكافي ١ / ٤٦٦) .
وقال الشافعي الواجب مهر المثل ، لأن الفسخ ، إستناد إلى العقد فصار كالعقد الفاسد . انظر (المغني ٦ / ٦٥٥) .
أما إذا علم بالعيب وقت العقد ، أو بعده ، ثم وجد منه رضىً ، أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة ، أو تمكينها إياه من الوطء ، لم يثبت له الفسخ ، لأنه رضي بإسقاط حقه ، فسقط ، كما لو علم المشتري بالعيب ، فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم ، فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمَهُ ، عند مالك ، والشافعي ، وأحمد .
وإذا علم بالعيب بعد المسيس ، فيرجع على من غره ، وبه قال الزهري ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي في القديم ، وأحمد .
وروي عن علي أنه قال : لا يرجع ، وبه قال أبو حنيفة . والشافعي في الجديد ، ورواية عن أحمد ، انظر (المغني ٦ / ٦٥٦) و (الكافي ١ / ٤٦٦) لمذهب مالك .
وعند أبي حنيفة يؤجل العنين إلى سنة ، لأن هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بيقين ، فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الجب ، فإنه يفوت المستحق بالعقد بيقين . انظر (بدائع الصنائع ٣ / ١٥٢٧) .
وأما في جانب المرأة ، فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحاب أبي حنيفة ، فلا يفسخ بشيء من العيوب الموجودة فيها (المصدر السابق) .
أما مذهب أهل الظاهر ، فلا تُردُّ المرأة بشيء من العيوب ، ولا ينفسخ النكاح ، وكذلك إذا وجد في الزوج . انظر (المحلى ١١ / ٣٥٧) .

المسيس ، لقولـه عليـه الصلاة والسلام : « أيمـا امرأة نكحت بغير إذن سيـدهـا فنكاحها باطل ولها المهر بمـا استحل منهـا »[١] فكان موضع الخلاف تردد هـذا الفسخ بين حكم الرد بـالعيب في البيـوع ، وبين حكم الأنكحـة المفسوخة : أعني بعد الدخول ، واتفق الذين قـالوا بفسخ نكاح العِنِّين أنـه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحـاب مـالـك في العلـة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعـة ، فقيل لأن ذلـك شرع غير معلل ، وقيل لأن ذلك مما يَخْفى ، ومَحْمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى ، وقيل لأنها يُخافُ سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج .

* * *

(١) حديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل .. » تقدم تخريجه والكلام عليـه في الباب الأول من شروط النكاح .

الفصل الثاني

في خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا في الإعسار بالصداق ، فكان الشافعي يقول : تخير إذا لم يدخل بها ، وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له ، فقيل ليس له في ذلك حد ، وقيل سنة ، وقيل سنتين ، وقال أبو حنيفة : هي غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر [1] .

---

(١) عند مالك إذا أعسر الزوج بالصداق قبل أن يدخل بها ، وهو حال ، ضرب له أجل بعد أجل على ما يراه الحاكم ، ليس في ذلك حد ، إلا الاجتهاد ، فإن قدر عليه ، وإلا فرق بينهما ، وأتبعته بنصف الصداق ديناً في وقته ، ولا نفقة لها عليه . انظر (الكافي ١/ ٤٦١) .

وعند أحمد : إن أعسر الزوج بالصداق الحال قبل الدخول ، فلها الفسخ ، لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض ، وإن أعسر بعد الدخول ، فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها ، لها الفسخ ، أو ليس لها الفسخ ، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم ، لأنه مجتهد فيه . انظر (المغني ٦/ ٧٣٨) .

وعند أصحاب الشافعي إذا أعسر الزوج في الصداق ، فلهم طريقان : منهم من قال : إن كان قبل الدخول ، ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، وإن كان بعد الدخول ، لم يجز الفسخ ، لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء ، فلم تفسخ بالإفلاس ، ومنهم من قال : إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ ، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان ، انظر (المهذب مع المجموع ١٥/ ٢٥٥) .

أما الإعسار في النفقة ، فإن الرجل ، إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه عليها ، فإن المرأة مخيرة بين الصبر عليه ، وبين فراقه ، وهو مذهب أحمد ، وروي نحو ذلك عن عمر ، وعلي ، وأبو هريرة . وبه قال عبيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، وحماد ، ومالك ، ويحي القطان ، وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وذهب عطاء ، والزهري والثوري ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وصاحباه إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ النكاح عنه كالدَّيْنِ ، وقال العنبري يحبس إلى أن ينفق . انظر (المغني ٧/ ٥٧٣) .

ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ البقرة آية ٢٢٩ وانظر (المجموع ١٧/ ١٥٠) .

ومذهب الظاهرية : لا يفسخ النكاح بعدم كسوة ، ولا بعدم صداق ، ولا بعدم نفقة . انظر (المحلى ١١/ ٣٥٧) .

وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالإيلاء والعنّة . وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب ، وقال أبو حنيفة والثوري : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع . وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور . فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار .

وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

* * *

الفصل الثالث

في خيار الفَقْدِ

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ، فقال مالك : يضرب لأمرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجُهِلَ ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحَلَّتْ ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً ، فقيل سبعون ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروي أيضاً عن عثمان وبه قال الليث ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروي عن علي وابن مسعود [١] .

---

(١) إذا غاب الرجل عن امرأته ، لم يخل ذلك من حالين : أحدهما ؛ أن تكون الغيبة غير منقطعة ، يُعرف خبره ، ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج عند العلماء أجمعين ، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب الفسخ ، فينفسخ نكاحه .

وأجمعوا على أن زوجة الأسير ، لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى تعلم وفاته . وهو قول النخعي ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومكحول والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحق ، وأصحاب الرأي .

وإن أبعد الزوج ، فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته ، أو ردته . وبه قال الأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق . وقال الحسن : إباقه طلاقه .

الحال الثاني : أن يُفقَدَ ، وينقطع خبره ، ولا يُعْلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين : أن تكون غيبته ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم ، والسياحة فتبقى الزوجية كذلك ما لم يثبت موته . روي ذلك عن علي وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وأحمد ، وروي ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي وأبي عبيد .

وقال مالك ، والشافعي في القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر ، وعشراً ، وتحل للأزواج ، لأنه إذا جاز الفسخ ، لتعذر الوطء بالعنة ، وتعذرت النفقة بالإعسار ، فلأن =

= يجوز هنا لتعذر الجمع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له .
ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون عاماً قسم ماله ، وهذا يعني أن زوجته تعتد عدة الوفاة ، ثم تتزوج . قال أصحاب أحمد : إنما يعتبر تسعين سنة من يوم ولادته ، لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من ذلك .
القسم الثاني : أن تكون غيبته الهلاك كمن يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج ، فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكان قريب ، فلا يرجع ، أو ينكسر بهم مركب ، فيغرق بعض رفاقه ، أو يفقد في مهلكه برية : فعند أحمد الظاهر أن زوجته تتربص أربع سنين ، أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وتحل للأزواج ، وهو قول عمر ، وعثمان ، وابن عباس وابن الزبير ، وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن والزهري ، وقتادة ، والليث ، وعلي ابن المديني ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، ومالك ، والشافعي في القديم ، إلا أن مالكاً قال : لا ينتظر من يفقد في القتال .
وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة ، لأن غلبة الهلاك ههنا سنة ، أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .
ونقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول : إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر ، وعشراً ، تزوجت ، وقد ارتبت فيها وَهِبْتُ الجواب لما اختلفوا الناس فيها ، فكأني أحب السلامة .
قال ابن قدامة : وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، ويحتمل التورع ، ويكون المذهب ما قاله أولاً .
وقال أبو قلابة ، والنخعي ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود ، حتى يتضح موته ، أو فراقه ، لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها » . وروى الحكم ، وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه ، لأنه شك في زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .
وحجة أصحاب القول الأول ما رواه الأثرم ، والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : « فُقِدَ رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال انطلقي ، فتربصي أربع سنين ، ففعلت ، ثم أتته ، فقال : انطلقي ، فاعْتَدّي أربعة أشهر وعشراً ، ففعلت ، ثم أتته ، فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فقال : طلقها ، ففعل ، فقال لها عمر انطلقي ، فتزوجي من شئت فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال عمر : أين كنت ؟ قال : ياأمير المؤمنين استهوتني الشياطين ، فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت ، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن ، فمالك ، ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا : بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت =

والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة : مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ، ومفقود في حروب الإسلام ، أعني فيما بينهم ، ومفقود في حروب الكفار ، والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير . فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول دون تلوم ، وقيل يتلوم له بحسب بُعْدِ الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة .

وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تَلَوُّمِ سنة ، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم ، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ، والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته ، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع ، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف : أعني بين القائلين بالقياس .

* * *

= بالمدينة هي أرضي ، فأصبحت ، وأنا أنظر إلى الحرة ، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق ، فاختار الصداق ، وقال : قد حبلت ولا حاجة لي فيها .

قال أحمد : ويروى عن عمر من ثلاثة وجوه . انظر (المغني ٤٤٨/٧) وما بعدها . وانظر (الكافي ١/ ٤٦٧) وما بعدها لمذهب مالك .

الفصل الرابع

في خِيار العِتْق

واتفقوا على أن الأَمَـةَ إذا عُتِقَتْ تحتَ عَبْـدٍ أن لها الخيـار ، واختلفـوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مـالـك والشـافعي وأهل المـدينـة والأوزاعي وأحمـد والليث : لا خيـار لهـا . وقـال أبـو حنيفـة والثـوري : لهـا الخيار حراً كان أو عبداً (١) .

وسبب اختلافهم تعـارض النقل في حـديث بريرة ، واحتمال العلـةالموجبـة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحهـا بإطلاق إذا كانت أمـة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلـة الجبر على النكاح بإطلاق قـال : تخير تحت الحر والعبـد ، ومن قـال الجبر على تزويج العبـد فقـط قـال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه رُوي عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود .

وروي عن عـائشـة أن زوجهـا كان حراً (٢) . وكـلا النقلين ثـابت عنـد

---

(١) قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على أنه إذا أعتقت الأمة وزوجها عبد ، فلها الخيـار ، ذكر هـذا ابن المنذر ، وابن عبد البر وغيرهما ، والأصل فيه خبر بريرة .
وإن عتقت تحت حر ، فلا خيـار لهـا . وهو قول ابن عمر ، وابن عبـاس ، وسعيـد بن المسيب ، والحسن ، وعطـاء ، وسليـمان بن يسـار ، وأبي قـلابـة ، وابن أبي ليلى ، ومـالـك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد ، وهو قول الجمهور .
وذهب طـاوس ، وابن سيرين ، ومجـاهـد ، والنخعي ، وحمـاد بن أبي سليـمان ، والثوري ، وأبـو حنيفة إلى أن لها الخيار . انظر (المغني ٦/٦٥٩) و (نيل الأوطـار ٦/١٧٣) و (سبل السلام ٣/ ١٢٨) .

(٢) حديث بريرة عن عائشة « أن بريرة كانت تحت عبد ، فلـما أعتقتهـا قـال لها رسول الله ﷺ : « اختـاري ، فـإن شئت أن تمكثي تحت هـذا العبـد ، وإن شئت أن تفـارقيـه » رواه أحمـد ، والدارقطني . ورواية أنه كان عبداً ثابتة عن طريق ابن عمر عنـد الـدارقطني والبـيـهقي قـال : =

أصحاب الحديث ، واختلفوا أيضاً في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ، فقال مالك والشافعي : يكون لها الخيار ما لم يمسها ، وقال أبو حنيفة : خيارها على المجلس ، وقال الأوزاعي : إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها [١] .

* * *

= كان زوج بريرة عبداً ، وفي إسناده ابن أبي ليلى وهو ضعيف ، ومن طريق صفية بنت أبي عبيد عند النسائي والبيهقي بإسناد صحيح ، وروى ابن سعد في الطبقات عن عبد الوهاب عن داود بن عطاء بن أبي هند عن عامر الشعبي « أن النبي ﷺ قال لبريرة لما عتقت : قد عتق بُضْعُكِ معك ، فاختاري » ووصل هذا المرسل الدارقطني من طريق إبان بن صالح عن هشام عن أبيه عن عائشة وهذه الرواية مطلقة ، وليس فيها ذكر أنه كان عبداً ، أو حراً والذي ثبت من طريق ابن عباس ، وابن عمر ، وصفية بنت أبي عبيد أنه كان عبداً ، ولم يرو عنهم ما يخالف ذلك .

وثبت عن عائشة من طريق القاسم ، وعروة أنه كان عبداً ، ومن طريق الأسود أنه كان حراً ، ورواية اثنين أرجح من رواية واحد على فرض صحة الجميع ، فكيف إذا كانت رواية الواحد معلولة بالانقطاع كما قال البخاري ؟ وروي عن البخاري أنه قال : هي من قول الحكم .

وحديث عائشة رواه النَّسائي ، وابن حبان ، والطحاوي ، وابن حزم . قال الطحاوي : يحتمل أن يكون من كلام عروة . قال الحافظ : وقع التصريح بذلك في سنن النسائي . وقال ابن حزم : يحتمل أن يكون من كلام عائشة ، أو من دونها ، والتخيير ثابت في الصحيحين من حديث عائشة من طرق . وقال الدارقطني : لم تختلف الرواية عن عروة عن عائشة أنه كان عبداً ، قال النووي : يؤيد قول من قال : كان عبداً قول عائشة كان عبداً . وهي صاحبة القصة . انظر (التلخيص ٣/ ١٧٨) و(نيل الأوطار٦/١٧٤) و(سبل السلام) .

(١) قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة ، وأحمد ، والهادوية ، وهو قول للشافعي إن لها الخيار ما لم تمكن نفسها من زوجها ، أو يعتق ، فإن مكنت زوجها منها ، أو عتق ، فليس لها الخيار . قال به سليمان بن يسار ، ونافع ، والزهري ، وقتادة وللشافعي قول آخر أنه على الفور ، والقول الثالث : أنه إلى ثلاثة أيام ، وقيل : بقيامها من مجلس الحاكم وقيل : من مجلسها ، وهذان القولان للحنفية .

قال الشوكاني ، والقول الأول هو الظاهر لإطلاق التخيير لها إلى غاية تمكينه من نفسها . ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد عن النبي ﷺ بلفظ « إذا أُعتقت الأمة ، فهي بالخيار ما لم يطأها ، إن =

....

= تشأ ، فارقته ، وإن وطئها ، فلا خيـار لهـا ، ولا تستطيع فراقـه » وفي روايـة للـدارقطني « إن وطئـك فـلا خيـار لـك » انظر (المغني ٦/٦٦٠) و (نيـل الأوطـار ٦/١٧٤) و (سبـل السـلام ٣/١٢٩) .

الباب الرابع

في حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وكِسْوَتُهُنّ بالمعروف ﴾ [١] الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » [٢] ولقوله لهند « خذي ما يكفيك وَوَلَدَكِ بالمعروف » [٣] . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها . واختلفوا في أربعة مواضع : في وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟ وعلى من تجب ؟ فأما وقت وجوبها فإن مالكاً قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يُدْعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً . وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني أن لها النفقة بإطلاق [٤] .

(١) البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) هذا جزء من كلامه ﷺ في حجة الوداع من حديث جابر بن عبد الله أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحج .

(٣) لفظ الحديث عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت « إن هنداً قالت : يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه ، وهو لا يعلم ، فقال : « خذي ما يكفيك ، وولدك بالمعروف » رواه الجماعة إلا الترمذي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٦٢/٦) .

وهند هذه ، هي بنت عتبة بن ربيعة ، والرواية هنا بالصرف وجاء في رواية للبخاري بمنع الصرف .

وأبو سفيان اسمه : صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف . وسؤال هند كان عام الفتح .

(٤) انظر لمذهب مالك (الكافي ٤٦٠/١) كما ذكره المؤلف . وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٧٣٦/٦) .

وعند الشافعي إذا كانت صغيرة لا يمكن وطؤها ، ففيه قولان : أحدهما : تجب فيه النفقة لأن =

وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ، وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مُدّان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد (١) .

وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها ، وقيل بل على الزوجة خدمة البيت ، واختلف

= تعذر وطئها عليه فليس بفعلها ، فلم تسقط بذلك نفقتها كما لو مرضت . والثاني : لا تجب لها النفقة . وبه قال مالك وأبو حنيفة ، واختاره المزني قال صاحب المجموع : وهو الصحيح لأن الاستمتاع متعذر عليه ، فلم تجب عليه النفقة ، كما لو نشزت . وإن كان الزوج صغيراً ، والزوجة كبيرة ، ففيه قولان . انظر (المجموع ١٢١/١٧) .

وعند أبي حنيفة ، إذا كان يجامع مثلها ، فلها النفقة ، وأما إذا لم يجامع مثلها ، فسلمت إلى بيت الزوج ، فإنه لا نفقة لها ، لأنه لا يمكن الاستمتاع بها ، وكذلك المريضة التي لا يمكن وطؤها ، وله أن يردها إلى بيت أهلها إن شاء .

وإن كانت الصغيرة ممن ينتفع بها بالخدمة ، أو يستأنس بها وكذلك المريضة ، فأمسكها في بيتها ، فلها النفقة ، لأنه رضي بالحبس القاصر . انظر (تحفة الفقهاء ٢٣٢/٢) .

(١) عند مالك مقدار النفقة على مقدار حال الرجل من عسره ، ويسره ما كان معروفاً من مثله لمثلها . انظر (الكافي ٤٦٢/١) .

وبهذا قال أبو حنيفة ، وأحمد . وقال الشافعي : نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ ، وعلى الموسر مدان ، لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين في كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مد ونصف . انظر (المغني ٥٦٥/٧) وانظر (القرطبي ١٧٠/١٨) ولعل الصواب مع من قال : تقدر بمقدار حال الرجل ، لأننا كما نعرف أن الزمان ، والمكان لهما دورهما في مقدار النفقة ، وهذا ليس بخافٍ على أحد . والله أعلم .

الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟ فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدةٍ ، وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور[١] . ولست أعرف دليلاً شرعياً لإيجاب النفقة على الخادم إلا تشبيه الإخدام بالإسكان . فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية ، وأما لمن تجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة[٢] .

وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم . وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب

---

(١) إن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها ، لكونها من ذوي الأقدار ، أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى : ﴿ **وعاشِرُوهُنّ بالمعروف** ﴾ ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة .

وقال مالك : إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم ، فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ، وبه قال أبو ثور . انظر (المغني ٥٦٩/٧) .

(٢) النشوز معناه : معصية الزوجة لزوجها مما أوجبه له الشرع ، وأصله من الارتفاع مأخوذ من النشز . أي المكان المرتفع ، ومعنى ذلك أن الناشز . ارتفعت عن طاعة زوجها ، ومن ذلك امتناعها عن الفراش ، أو الخروج من البيت بغير إذنه . أو الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو امتنعت من السفر معه .. فلا نفقة ولا سكنى لها في قول عامة أهل العلم منهم : الشعبي ، وحماد ، ومالك ، والشافعي ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وأبو ثور .

وقال الحكم لها النفقة . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم . ولعله يحتج بأن نشوزها ، لا يسقط مهرها فكذلك النفقة . انظر (المغني ٦١١/٧) .

وخالف كذلك ابن القاسم من المالكية ، فقال : تجب لها النفقة . انظر (الكافي ٦٠/١) لمذهب مالك .

أن لا نفقة للناشز . وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً ، فقيل : لها النفقة كالحرة ، وهو المشهور ، وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها ، وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتيه ، وقيل إن كان الزوج حراً فعليه النفقة ، وإن كان عبداً فلا نفقة عليه (١) .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضي لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضي أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها ، وتكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضرباً من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضاً أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ، واختلفوا في العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته . وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة عليه (٢) .

---

(١) قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته . وهذا قول الشعبي ، والحكم ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأحمد . أما إذا كان حراً ، فتجب عليه بالنص .
وحكي عن مالك أن العبد ليس عليه نفقتها ، لأن النفقة مواساة وليس هو من أهلها ، لذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ، ولا زكاة ماله . انظر (المغني ٥٩٦/٧) .
أما إذا كانت أمة تأوي بالليل عند زوجها ، وبالنهار عند المولى فإنه ينفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده عند أحمد ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال في القول الآخر : لا نفقة لها على الزوج ، لأنها لم تمكن نفسها في جميع الزمان . انظر (المصدر السابق) وعند مالك أن على العبد نفقة زوجته ، إذا كانت حرة ، إما إذا كانت أمة ، فقد اختلف فيها . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٣٤) .

(٢) انظر لقول ابن المنذر (المغني ٥٦٦/٧) .

وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه ، وقال أبو حنيفة ، لا تجب إلا بإيجاب السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا في الاتفاق ، وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه ﷺ بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كان للرجل امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » [١] ولما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر أقرع بينهن » [٢] واختلفوا في مُقَام الزوج عند البِكْر والثيِّب هل يحتسب به أو لا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً ، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج ، وقال أبو حنيفة : الإقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً . ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى [٣] .

---

(١) الحديث رواه الخمسة عن أبي هريرة . انظر (منتقى الأخبار ٢٤٤/٦) .

(٢) حديث القرع متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار ٢٤٤/٦) .

(٣) قال الحافظ : قال ابن عبد البر : جمهور العلماء على أن ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف ، وسواء عنده زوجة ، أم لا . وحكى النووي أنه يستحب إذا لم يكن عنده غيرها ، وإلا فيجب ، وهذا يوافق كلام أكثر الأصحاب . واختار النووي ألا فرق ، وإطلاق الشافعي يعضده . انظر (الفتح ٢٥٨/٩) وقال ابن قدامة : متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور ، وأقام عندها سبعاً ، إن كانت بكراً ، ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ، ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم سبعاً فإنه يقيم عندها ، ويقضي الجميع للباقيات ، روي ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأحمد .

وروي عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وخلاس بن عمرو ، ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث ، وللثيب ليلتان ، ونحوه عن الأوزاعي . وقال الحكم ، وحماد ، وأبو حنيفة : لا فضل للجديدة في القسم ، فإن أقام عندها شيئاً ، قضاه للباقيات ، لأنه فضلها بمدة ، فواجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً . انظر (المغني ٤٤/٧) .

وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة ، وحديث أنس هو : « أن النبي ﷺ كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً »[1] وحديث أم سلمة هو « أن النبي ﷺ تزوجها فأصبحت عنده فقال : ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبّعتُ عندك وسبعت عندهن وإن شئت ثَلَّثتُ عندك ودرت فقالت : ثلث »[2] وحديث أم سلمة هو ثَلِّث متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم ، وحديث أنس حديث بصري خرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثاً واجب أو مستحب ؟ فقال ابن القاسم : هو واجب : وقال ابن عبد الحكم : يستحب[3] .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري ، ومسلم عن أبي قلابة عن أنس . انظر (البخاري مع فتح الباري ٢٥٨/٩) قال ابن قدامة : لو شئت لقلت : إن أنساً رفعه إلى رسول الله ﷺ ، ولفظه قال أنس « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب ، أقام عندها سبعاً ، ثم قسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ، ثم قسم » .

(٢) حديث أم سلمة رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجة ، ورواه الدارقطني . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٤١/٦) وقد ذكر المؤلف أن الحديث متفق عليه ، والصحيح أنه لم يخرجه البخاري ولكن تفرد به مسلم .
وذكر أن حديث أنس أخرجه أبو داود . والصحيح أنه أخرجه البخاري ، ومسلم . انظر (منتقى الأخبار) .

(٣) انظر هذا الاختلاف في الذي ذكره المؤلف (الكافي ٤٦٢/١) لمذهب مالك قال الحافظ : يكره أن يتأخر في السبع ، أو الثلاث عن صلاة الجماعة وسائر أعمال البر التي كان يفعلها ، نص عليه الشافعي ، وقال الرافعي : هذا في النهار ، وأما في الليل ، فلا ، لأن المندوب لا يترك له الواجب .. وقال ابن دقيق العيد أفرط بعض الفقهاء ، فجعل مقامه عندها عذراً في إسقاط الجمعة ، وبالغ في التشنيع ، وأجيب بأنه قياس قول من يقول بوجوب المقام عندها ، وهو قول الشافعية ، ورواه ابن القاسم عن مالك ، وعنه يستحب ، وهو وجه للشافعية فعلى الأصح يتعارض عنده الواجبان ، فقدم حق الآدمي. هذا توجيهه ، فليس بشنيع وإن كان موجوحاً ، وتجب الموالاة في السبع ، وفي الثلاث ، فلو فرق ، لم يحسب على الراجح ، لأن الحشمة لا تزول

وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب .

وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ، وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك [١] .

وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعني إيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ، ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع

= به ، ثم لا فرق بين الحرة ، والأمة ، وقيل : هي على النصف من الحرة ، ويجبر الكسر . انظر (الفتح ٢٥٩/٩) .

(١) إذا ولدت ولداً ، وجب عليها أن تسقيه اللبا حتى يروى ، لأنه لا يعيش إلا بذلك ، فإن كان للطفل مال وجبت أجرة الرضاع في ماله . كما تجب نفقته ، إذا كان كبيراً في ماله ، وإن لم يكن مال وجبت أجرة إرضاعه على من تجب عليه نفقته لو كان كبيراً لقوله تعالى : ﴿ فإنْ أرضعن لكم فآتوهُنّ أجُورَهُنّ ﴾ ولا يجب إرضاعه إلا في حولين لقوله تعالى ﴿ والوالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهُنّ حَوْلَيْن كامِلَيْنِ لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ وإن كان الولد من زوجته ، والأب ممن يجب عليه نفقته ، لم تجبر الأم على إرضاعه . وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد ، وهو قول الشافعي . وقال أبو ثور : تجبر على إرضاعه ، وعن مالك روايتان : **إحداهما** : كقول أبي ثور . **والثانية** : وهي المشهورة عنه إن كانت شريفة لم تجبر على إرضاعه ، وإن كانت دَنِيّة ، أجبرت على إرضاعه . انظر (المجموع ١٩٢/١٧) وانظر (الكافي ٥٢٤/١) لمذهب مالك . ولعل الصواب مع أصحاب القول الثاني . والله أعلم .

لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فإنْ أرْضَعْنَ لكم فآتوهُنَّ أجُورَهُنَّ ﴾ [١] والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيراً لقوله عليه الصلاة والسلام « من فَرَّقَ بين والدةٍ وولدها فرق الله بينه وبين أحِبَّتِهِ يوم القيامة » [٢] ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة .

واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم : يخير ، ومنهم الشافعي [٣]

---

(١) الطلاق آية ٦ .

(٢) الحضانة للأم مجمع عليه من الفقهاء ، وليس هو قول الجمهور كما ذكر المؤلف . انظر (المغني ٦١٤/٧) وانظر (نيل الأوطار ٣٦٩/٦) وحديث « من فرق بين والدة ، وولدها .. » قال الحافظ : رواه أحمد عن أبي أيوب ، والترمذي ، وحسنه ، والدارقطني ، والحاكم ، وصححه ، وفي إسناده يحي بن عبد الله المغافري ، مختلف فيه ، وله طريق أخرى عند البيهقي غير متصلة ، لأنها من طريق العلاء بن كثير الإسكندراني عن أبي أيوب ولم يدركه ، وله طريق أخرى عند الدارمي في مسنده في كتاب منه انظر (التلخيص) وقد استدل الفقهاء بهذا الحديث على حرمة التفريق بين الأمَةِ ، وولدها في البيع انظر (نيل الأوطار ١٨٢/٥) ولكن الأئمة احتجوا بوجوب الحضانة لها بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت : يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أن ينزعه مني ، فقال : أنت أحق به ما لم تنكحي » رواه أحمد ، وأبو داود ، والبيهقي ، والحاكم ، وصححه ، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٦٩/٦) وانظر (التلخيص ١١/٤) .

قال الحافظ : وقع في الأصل ابن عمر بضم العين ، وهو وهم ، وإنما هو ابن عمرو بن العاص .

(٣) وإن حصل منها النكاح . بطلت حضانتها ، وبه قال مالك ، والشافعية ، والحنابلة ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وحكي عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج . وروي ذلك عن عثمان ، وقال به ابن حزم . انظر (نيل الأوطار ٣٦٩/٦) و(المغني ٦١٩/٧) .

واحتجوا بما روي « أن أم سلمة تزوجت بالنبي ﷺ وبقي ولدها في كفالتها » وبحديث ابنة حمزة ، ويجاب عن الأول بأن مجرد البقاء مع عدم التنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق له قريب غيرها . وعن الثاني بأن ذلك في الخالة ، ولا يلزم في الأم مثله .

=

واحتجوا بأثر ورد في ذلك ، وبقي قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ، والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روي أن رسول الله ﷺ قال « أنت أحق به ما لم تنكحي »[١] ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل . (وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه)[٢]

* * *

= وقد ذهب أبو حنيفة ، والهادوية إلى أن النكاح ، إذا كان بذي محرم للمحضون ، لم يبطل به حق حضانتها ، وقال الشافعي : يبطل مطلقاً . انظر (المصدر السابق) .
وإذا بلغ الغلام سبعاً ، وليس بمعتوه ، خُيِّرَ بين أبويه عند الشافعي ، وأحمد ، فمن اختاره منهما ، فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح .
وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يخير ، وقال أبو حنيفة : إذا استقل الولد بنفسه فأكل بنفسه ، ولبس بنفسه ، واستنجى بنفسه ، فالأب أحق به . ومالك يقول : الأم أحق به حتى يعرب ، وأما التخيير ، فلا يصح .
والجارية إذا بلغت سن سبع سنين ، فالأب أحق بها عند أحمد ، وقال الشافعي : تخير كالغلام . وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج ، أو تحيض . وقال مالك : الأم أحق بها حتى تزوج . انظر (المغني ٦١٤/٧) وما بعدها .

(١) تقدم تخريج الحديث قبل قليل .

(٢) ما بين القوسين غير موجود في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية الخاصة بأحمد بك تيمور .

الباب الخامس

في الأنكحة المنهي عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحاً أربعة : نكاح الشِّغَار ، ونكاح المتعة ، والخِطْبة على خِطْبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن يُنكِحَ الرجلُ وليتَه رجلاً آخر على أن يُنكحه الآخرُ وليتَه ولا صداق بينهما إلا بُضْع هذه ببضع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ، واختلفوا إذا وقع هل يُصَحَّح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن سَمَّى لإحداهما صداقاً أو لهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سمياه فاسد ، وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري (١) .

---

(١) نقل الحافظ عن ابن عبد البر : إجماع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز ، ولكن اختلفوا في صحته . فالجمهور على البطلان . وفي رواية عن مالك يفسخ قبل الدخول ، لا بعده . وحكاه ابن المنذر عن الأوزاعي . وذهب الحنفية إلى صحته ، ووجوب مهر المثل وهو قول الزهري . ومكحول ، والثوري ، والليث ، ورواية عن أحمد ، وإسحق ، وأبي ثور ، وهو قول على مذهب الشافعي لاختلاف الجهة ، لكن قال الشافعي : إن النساء محرمات إلا ما أحل الله بنكاح أو ملك يمين ، فإذا ورد النهي عن نكاح تأكد التحريم . انظر (الفتح ١٣٤/٩)

والحديث الذي ورد في النهي عن الشغار متفق عليه « عن نافع عن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن الشغار » .

وفسره بقوله « والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوج الآخر ابنته ، وليس بينهما صداق » .

قال الشافعي : لا أدري التفسير عن النبي ﷺ ، أو عن ابن عمر ، أو عن نافع ، أو عن مالك ، حكاه عن البيهقي في المعرفة . وقال الخطيب : إنه ليس من كلام النبي ﷺ ، وإنما هو قول مالك ، وصل بالمتن المرفوع ، وقد بين ذلك ابن مهدي ، والقعنبي . انظر (سبل السلام ٢٠/٣) و(الفتح ١٣٤/٩) .

وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ؟ فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق ، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو علي خنزير ، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول . ويكون فيه مهر المثل ، وكأن مالكاً رضي الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به ، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهي يدل على فساد المنهي .

أما نكاح المتعة ، فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات أنه حرمها يوم خيبر ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى : ﴿ **فما اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فآتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ولا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ** ﴾ [1] وفي حرف عنه : إلى أجل مسمى .

وروي عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ﷺ ، ولولا نهي عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقي . وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تَمَتَّعْنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ونصفاً من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس [2] .

---

(١) النساء آية ٢٤ .

(٢) قال الصنعاني : اعلم أن حقيقة المتعة كما في كتب الامامية ، هي نكاح المؤقت بأمد معلوم ، أو =

وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ . وفَرقٌ بين أن تَردَ الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل : أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثاً ، فإن مالكاً قال : هو نكاح مفسوخ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : هو نكاح صحيح [١] ، وسبب اختلافهم اختلافُهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام

= مجهول ، وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً ويرتفع النكاح بانقضاء المؤقت في المنقطعة الحيض ، وبحيضتين في الحائض ، وبأربعة أشهر وعشر في المتوفى عنها زوجها ، وحكمه أن لا يثبت لها مهر غير مشروط ، ولا يثبت لها نفقة ، ولا توارث ، ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب إلا أن يشترط وتحرم المصاهرة بسببه .

قال النووي : الصواب أن تحريمها وإباحتها وقع مرتين ، فكانت مباحة قبل خيبر ، ثم حرمت فيها ، ثم أبيحت عام الفتح ، وهو عام أوطاس ثم حرمت تحريماً مؤبداً ، وإلى هذا التحريم ذهب أكثر الأمة .

وذهب إلى بقاء الرخصة جماعة من الصحابة ، وروي رجوعهم . وقولهم بالنسخ ، ومن أولئك ابن عباس ، وروي عنه بقاء الرخصة ، ثم رجع إلى القول بالتحريم . انظر (سبل السلام ١٢٤/٣) وانظر (فتح الباري ١٣٩/٩) .

وقد روى البخاري ، ومسلم عن علي رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خيبر » .

وعن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال : « رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثة أيام ، ثم نهى عنها » رواه مسلم . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ١٢٤/٣) .

وحديث عطاء رواه مسلم عن جابر . انظر (نصب الراية ١٨١/٣) .

(١) نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم : منهم الحسن ، والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثوري ، وابن المبارك ، والشافعي ، وسواء قال : زوجتكها إلى أن تطأها ، أو شرط أنه . إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها .

وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط . وقال الشافعي : في الصورتين الأوليين : لا يصح . وفي الثالثة : على قولين .

ومن المجوزين للتحليل بلا شرط أبو ثور ، وبعض الحنفية ، والمؤيد بالله ، والهادوية ، وحملوا =

« لعن الله المحلل »[1] الحديث . فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد النهي عنه قال : النكاح فاسد . فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي .

وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفيد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح . أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء

= أحاديث النهي على ما إذا وقع الشرط أنه نكاح تحليل .

قال ابن القيم في إعلام الموقعين : وصح عن عطاء فين نكح امرأة محللاً ، ثم رغب فيها ، فأمسكها ، قال : لا بأس بذلك . وقال الشعبي : لا بأس بالتحليل ، إذا لم يأمر به الزوج . وقال الليث بن سعد : إن تزوجها ، ثم فارقها ، فترجع إلى زوجها . انظر (نيل الأوطار ١٥٨/٦) .

(١) حديث « لعن الله المحلل ، والمحلل له » رواه الترمذي ، والنسائي ، من حديث ابن مسعود ، وصححه ابن القطان ، وابن دقيق العيد ، على شرط البخاري ، وله طريق أخرى أخرجها عبد الرزاق عن معمر عن الأعمش عن عبد الله بن مرة عن الحارث عن ابن مسعود ، وأخرى أخرجها إسحق في مسنده عن زكريا بن عدي عن عبيد الله بن عمر . وعن عبد الكريم الجزري عن أبي الواصل عنه . وفي الباب عن ابن عباس أخرجه ابن ماجة ، وفي إسناده زمعة بن صالح ، وهو ضعيف . ورواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجة ، والترمذي من حديث علي ، وفي إسناده مجالد ، وفيه ضعف ، وقد صححه ابن السكن ، وأعله الترمذي ، وقال : روي عن مجاهد عن الشعبي عن جابر . وهو وَهْم ، ورواه أحمد ، وإسحق ، والبيهقي ، والبزار ، وابن أبي حاتم في العلل ، والترمذي في العلل من حديث أبي هريرة ، وحسنه البخاري ، ورواه ابن ماجة والحاكم من حديث الليث عن مشرح بن هامان عن عقبة بن عامر وأعله أبو زرعة ، وأبو حاتم بأن الصواب رواية الليث عن سليمان ابن عبد الرحمن مرسلاً ، وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره وقال أبو حاتم : ذكرته ليحيى بن بكير ، فأنكره إنكاراً شديداً ، وقال : إنما حدثنا به الليث عن سليمان ، ولم يسمع الليث من مشرح شيئاً .

قال الحافظ : ووقع التصريح بسماعه في رواية الحاكم . وفي رواية ابن ماجة من الليث ، قال لي مشرح ، ورواه ابن قانع في معجم الصحابة من رواية عبيد بن عمير عن أبيه عن جده ، وإسناده ضعيف . انظر (التلخيص ١٧٠/٣) .

في لـزوم الشروط التي بهذه الصفـة أو لا لزومها ، مثـل أن يشترط عليـه أن لا يتزوج عليها أو لا يَتَسَرَّى أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم تلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعتق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمـه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليـه ، فلا يلـزم الشرط الأول أيضـاً ، وكـذلـك قال الشافعي وأبو حنيفـة . وقـال الأوزاعي وابن شبرمـة : لها شرطهـا وعليـه الوفـاء ، وقـال ابن شهـاب : كان من أدركت من العلمـاء يقضون بهـا ، وقول الجماعة مروي عن علي ، وقول الأوزاعي مروي عن عمر[١] .

---

(١) الشروط تنقسم أقساماً عند أحمد ، وهي ثلاثة :

أحدها : مـا يلزم الوفـاء بـه ، وهو مـا يعود إليهـا نفعـه ، وفـائـدتـه ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها ، أو بلدها ، أو لا يسـافر بهـا ، أو لا يتزوج عليهـا ، ولا يتسرى عليهـا . فهذا يلزمه الوفاء لها به عند أحمد ، فإن لم يفعل ، فلها فسخ النكاح .

يُروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وسعـد بن أبي وقـاص ، ومعـاويـة ، وعمرو بن العـاص رضي الله عنهم . وبـه قـال شريـح ، وعمر بن عبـد العـزيـز ، وجـابر بن زيـد ، وطـاوس ، والأوزاعي ، وإسحق .

وأبطل هذه الشروط الزهري ، وقتادة ، وهشام بن عروة ، ومالك ، والليث ، والشـافعي ، وابن المبارك ، وأبو حنيفة . وقال أبو حنيفـة والشـافعي : يفسـد المهر دون العقـد ، ولهـا مهر المثل ، واحتجوا بحديث النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مـائـة شرط » وبقوله « المسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » وهذا يحرم الحلال .

وحجـة أصحـاب القول الأول قـولـه ﷺ « إن أحـق مـا وفيتم بـه من الشروط مـا استحللتم بـه الفروج » رواه سعيد .

ولو شرطت عنـد أحمـد أن يطلق ضرتهـا ، لم يصـح الشرط كما روى أبـو هريرة قـال « نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها ، لتنكح » .

القسم الثاني : مـا يبطل الشرط ، ويصح العقـد ، مثل أن يشترط أن لا مهر لهـا ، أو لا ينفـق عليهـا ، وإن أصـدقهـا رجع عليـه ، أو تشترط يطئهـا ، أو يعزل عنهـا ، أو يقسم لهـا أقل من قسم صاحبتها ، أو أكثر ، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط عليها أن تنفق عليه . أو تعطيه شيئاً . فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها . لأنها تنافي مقتضى العقد ، وهذا مذهب أحمد .

وقال الثوري : الشرط باطل ، وكان الحسن ، وعطاء لا يريان بنكاح النهاريـات بـأسـاً ، وكان =

وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي ﷺ خطب الناس فقال في خُطبته « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط »[1] وأما الخصوص فحديث عقبة ابن عامر عن النبي ﷺ أنه قال « أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج »[2] والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافاً كثيراً : أعني في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعاً على الفروع .

* * *

وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده . وهو ما كان منها فاسداً بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح مُحَرَّمَةَ العَيْن ، ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس ـ وذلك في الأكثر ـ يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والأصل فيه عنده أن لا فسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من

= الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياماً معلومة .

القسم الثالث : ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها في وقت بعينه ، أو يعلقه على شرط مثل أن يقول : زوجتك إن رضيت أمها ، أو يشترط الخيار في النكاح لهما ، أو لأحدهما . فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح . انظر (المغني ٥٤٨/٦) وما بعدها . وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٩) لمذهب مالك كما ذكره المؤلف . وانظر (نيل الأوطار ١٦٢/٦) .

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في حديث بريرة .

(٢) الحديث رواه الجماعة . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٦١/٦) .

البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول ، والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه : فمتى كان الدليل عنده قويًّا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفاً فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء أكان الدليل القوي متفقاً عليه أو مختلفاً فيه .

ومن قبل هذا أيضاً اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ [1] وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع ههنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

---

(١) النكاح الفاسد عند مالك مفسوخ ، فما كان فساده لعقده ، فسخ قبل البناء ، وبعده ، وما كان فساده لصداقه ، فسخ قبل البناء وثبت بعده على المشهور ، وقيل : يفسخ فيهما .

ثم إن الفسخ يكون بطلاق . ويكون بغير الطلاق ، فكل نكاح أجمع على تحريمه فسخ بغير طلاق ، وما اختلف فيه فسخ بطلاق ، وقيل : كل نكاح يجوز للوالي ، أو لأحد الزوجين إمضاؤه ، أو فسخه ، فسخ بطلاق ، وكل ما يغلبون على فسخه ، ويفسخ قبل البناء ، وبعده ، فسخ بغير طلاق .

وفائدة الفرق أن الفسخ بطلاق يوقعه الزوج ، ويحسب في عدد التطليقات ، والفسخ بغير طلاق يوقعه الحاكم ، ولا يحسب في عدد الطلقات ، وتعتد من الفسخ ، كما تعتد من الطلاق .

وهناك فروع : **الفرع الأول :** النكاح الفاسد الذي يفسخ بغير طلاق لا يكون فيه بين الزوجين توارث ، والفاسد الذي يفسخ بطلاق يتوارثان فيه إن مات أحدهما قبل الفسخ .

الفرع الثاني : كل نكاح يدرأ فيه الحد ، فالولد لاحقٌ بالوطء ، وحيث وجب الحد لا يلحق الولد بالنسب .

الفرع الثالث : كل نكاح فسخ بعد الدخول اضطراراً ، فلا يجوز للزوج أن يتزوجها في عدتها منه ، وكل نكاح فسخ اختياراً من أحد الزوجين حيث لهما الخيار جاز أن يتزوجها في عدتها منه . هذا كلام ابن جزي في (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢١) لمذهب مالك .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق *

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل :

الجملة الأولى : في أنواع الطلاق .

الجملة الثانية : في أركان الطلاق .

الجملة الثالثة : في الرجعة .

الجملة الرابعة : في أحكام المطلقات .

الجملة الأولى

وفي هذه الجملة خمسة أبواب : **الباب الأول :** في معرفة الطلاق البائن والرجعي . **الباب الثاني :** في معرفة الطلاق السُّنِّيِّ من البِدْعِيِّ . **والباب الثالث :** في الخُلْعِ . **الباب الرابع :** في تمييز الطلاق من الفسخ . **الباب الخامس :** في التخيير والتمليك .

* * *

---

* الطلاق لغة : حل الوثائق ، مشتق من الإطلاق ، وهو الإرسال والترك ، وفلان طَلْقُ اليدين بالخير ، أي كثير البذل ، والإرسال لهما بذلك .
أما في الشرع فهو : حل عقدة الزواج . قال إمام الحرمين : هو لفظ جاهلي ، ورد الإسلام بتقريره .

الباب الأول

في معرفة الطلاق البائن والرَّجْعِيّ

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي . وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى : ﴿ **ياأيها النبيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فطَلِّقوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأحْصُوا العِدَّةَ** ﴾ (١) إلى قوله تعالى : ﴿ **لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أمْرًا** ﴾ وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر أنه ﷺ أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضاً (٢) . ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قِبَلِ عدم الدخول ومن قِبَلِ عدد التطليقات ومن قبل العِوَضِ في الخُلْعِ على اختلافٍ بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد . واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البَيْنُونةَ في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى : ﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ** ﴾ (٣) الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرِّقَّ مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففي هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

المسألة الأولى : جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ، وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للَّفظ في ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : ﴿ **الطلاقُ مَرَّتان** ﴾ إلى قوله في الثالثة ﴿ **فإنْ طَلَّقَها فلا تَحِلُّ له من بَعْدُ حتى تَنْكِحَ زَوْجاً**

---

(١) الطلاق آية ١ .

(٢) حديث ابن عمر متفق عليه بألفاظ متعددة .

(٣) البقرة آية ٢٢٩ .

غيره ﴾[١] والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضا بما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر[٢] واحتجوا أيضاً بما رواه ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس

---

(١) البقرة آية ٢٣٠ .

(٢) حديث « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ ، وأبي بكر .. » رواه مسلم . وهو ثابت من طرق عن ابن عباس . ولم يروه البخاري كما ذكره المؤلف . ورواه كذلك أحمد . انظر (منتقى الأخبار مع الأوطار ٢٥٨/٦) و (سبل السلام ١٧/٣) .

قال الصنعاني : وقد استشكل أنه كيف يصح من عمر مخالفة ما كان في عصره ﷺ ، ثم في عصر أبي بكر ، ثم في أول أيامه ؟

وظاهر كلام ابن عباس أنه كان الإجماع على ذلك ، وأجيب عنه بستة أجوبة .

الأول : أنه كان الحكم كذلك ، ثم نسخ في عصره ﷺ ، فقد أخرج أبو داود من طريق يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال : كان الرجل إذا طلق امرأته ، فهو أحق برجعتها ، وإن طلقها ثلاثاً ، فنسخ ذلك ، إلا أنه لم يشتهر النسخ ، فبقي الحكم المنسوخ معمولاً به إلى أن أنكره عمر . قال الصنعاني : إن ثبتت رواية النسخ ، فذاك ، وإلا يضعف هذا قول عمر : « إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة .. » فإنه واضح في أنه رأى محض ، لا سنة فيه ، وما في بعض ألفاظه عند مسلم « أنه قال ابن عباس لأبي الصهباء : لما تتابع الناس في الطلاق في عهد عمر ، فأجازه عليهم » .

ثانيها : أن حديث ابن عباس هذا مضطرب . قال القرطبي في شرح مسلم : وقع فيه مع الاختلاف على ابن عباس الاضطراب في لفظه . فظاهر سياقه أن هذا الحكم منقول عن جميع أهل ذلك العصر والعادة تقتضي أن يظهر ذلك ، وينتشر ، ولا ينفرد به ابن عباس ، فهذا يقتضي التوقف عن العمل بظاهره ، إذا لم يقتض القطع ببطلانه . قال الصنعاني : وهذا مجرد استبعاد ، فإنه كم من سنة ، وحادثة انفرد بها راوٍ ، ولا يضر ، سيما مثل ابن عباس بحر الأمة ، ويؤيد ما قاله ابن عباس من أنها كانت الثلاث واحدة من حديث أبيَ ركانة .

الثالث : أن هذا الحديث ورد في صورة خاصة ، هي قول المطلق أنت طالق ، أنت طالق ، وذلك أنه كان في عصر النبوة ، وما بعده ، وكان حال الناس محمولاً على السلامة ، والصدق ، فيقبل قول من ادعى أن اللفظ الثاني تأكيد للأول ، لا تأسيس طلاق آخر ، ويصدق في دعواه ، فلما رأى عمر تغير أحوال الناس ، وغلبة الدعاوى الباطلة رأى من المصلحة أن يجري وهذا الجواب ارتضاه القرطبي .

قال النووي : هو أصح الأجوبة . قال الصنعاني : ولا يخفى أنه تقدير لكون ما في ضمير =

= الإنسان إلا من كلامه ، فيقبل قوله ، وإن كان مبطلاً في نفس الأمر ، فيحكم بالظاهر . والله يتولى السرائر ، مع أن ظاهر قول ابن عباس طلاق الثلاث واحدة أنه كان ذلك بأية عبارة وقعت .

الرابع : أن معنى قوله « كان طلاق الثلاث واحدة » أن الطلاق الذي يوقع في عهده ﷺ ، وعهد أبي بكر ، إنما كان يوقع في الغالب واحدة لا توقع ثلاثاً . فمراده أن هذا الطلاق الذي توقعونه ثلاثاً كان يوقع في ذلك العهد واحدة ، فيكون قوله « فلو أمضيناه عليهم » بمعنى لو أجريناه على حكم ما شرع من وقوع الثلاث . وهذا الجواب يتنزل على قوله « استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة » تنزلاً قريباً من غير تكلف ، ويكون معناه الإخبار عن اختلاف عادات الناس في إيقاع الطلاق ، لا في وقوعه ، فالحكم متقرر . وقد رجح هذا التأويل ابن العربي ، ونسبه إلى أبي زرعة ، وكان البيهقي أخرجه عنه قال : معناه أن ما تطلقون أنتم ثلاثاً كانوا يطلقون واحدة .

قال الصنعاني : وهذا يتم إن اتفق على أنه لم يقع في عصر النبوة إرسال ثلاث تطليقات دفعة واحدة ، وحديث أبي ركانة ، وغيره يدفعه ، وينبو عنه قول عمر « فلو أمضيناه » فإنه ظاهر في أنه لم يكن مضى في ذلك العصر رأى إمضاءه ، وهو دليل وقوعه في عصر النبوة ، لكنه لم يمض ، فليس فيه أنه كان وقوع الثلاث دفعة نادراً في ذلك العصر .

الخامس : أن قول ابن عباس : كان الطلاق الثلاث ليس له حكم الرفع ، فهو موقوف عليه ، وهذا الجواب ضعيف كما قال الصنعاني ، لما تقرر في أصول الحديث ، و أصول الفقه أن « كنا نفعل ، وكانوا يفعلون » له حكم الرفع .

السادس : أنه أريد بقوله « طلاق الثلاث واحدة » هو لفظ البتة : إذا قال : أنت طالق البتة ، فكان إذا قال القائل ذلك قبل تفسيره بالواحدة وبالثلاث كما في حديث ركانة ، فلما كان في عصر عمر ، لم يقبل منه التفسير بالواحدة . قيل : وأشار إلى هذا البخاري ، فإنه أدخل في هذا الباب الآثار التي فيها البتة ، والأحاديث فيها التصريح بالثلاث ، كأنه يشير إلى عدم الفرق بينهما وأن البتة إذا أطلقت ، حملت على الثلاث ، إلا إذا أراد المطلق واحدة ، فيقبل ، فروى بعض الرواة البتة بلفظ الثلاث يريد أن أصل حديث ابن عباس « كان طلاق البتة على عهد رسول الله ﷺ ، وعهد أبي بكر .. » .

قال الصنعاني : ولا يخفى بُعد هذا التأويل ، وتوهيم الراوي في التبديل ، ويبعده أن الطلاق بلفظ البتة في غاية الندور ، فلا يحمل عليه ما وقع ، كيف وقول عمر « قد استعجلوا في أمر كان لهم أناة » يدل أن ذلك واقع أيضاً في عصر النبوة ، والأقرب أن ذلك رأي من عمر ترجح له ، كما منع من متعة الحج ، وغيرها ، وكل أحد يؤخذ من قوله ويترك ، غير رسول الله ﷺ ، وكونه خالف ما كان في عهده ﷺ ، فهو نظير متعة الحج بلا ريب . والتكلفات في الأجوبة ، ليوافق ما ثبت في عصر النبوة ، لا يليق فقد ثبت عن عمر اجتهادات =

= يعسر تطبيقها على ذلك . نعم إن أمكن التطبيق على وجه صحيح فهو المراد . انتهى كلام الصنعاني انظر (سبل السلام ١٧٠/٣) وما بعدها .
مما ذكرنا من كلام الصنعاني ، وما نقله عن الأئمة يتضح أن الصنعاني لم يقتنع بشيء مما أجابه العلماء عن حديث ابن عباس الذي نسبه لعمر . وأن ذلك اجتهاد محض من عمر رضي الله عنه .
وكذلك نرى ابن القيم يقرر أن ذلك اجتهاد من عمر رضي الله عنه وأنه من باب تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان ، وأن الطلاق في عهد رسول الله ﷺ بالثلاث في لفظ واحد أنها تعد واحدة ، وكذلك في عهد أبي بكر ، وثلاث سنين من عهد عمر قال : ومما يؤيد ذلك ما رواه الحاكم في المستدرك من حديث عبد الله بن المؤمل عن ابن أبي مليكة أن أبا الجوزاء أتى ابن عباس ، فقال : أتعلم أن الثلاث كن يرددن على عهد رسول الله ﷺ إلى واحدة ؟ قال : نعم قال الحاكم : هذا حديث صحيح ، وهذه طريق طاوس عن أبي الصهباء .
وقال الإمام أحمد في مسنده عن عكرمة مولى ابن عباس عن ابن عباس قال : طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً ، قال : فسأله رسول الله ﷺ : كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثاً ، قال : فقال : في مجلس واحد ؟ قال : نعم ، قال : فإنما تملك واحدة ، فأرجعها إن شئت قال : فراجعها ، فكان ابن عباس يرى أنما الطلاق عند كل طُهْر . وقد صحح أحمد هذا الإسناد وحسنه .
ثم قال : والمقصود أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يخف عليه أن هذا هو السنة ، وأنه توسعة من الله لعباده ، إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة ، وما كان مرة بعد مرة ، لم يملك المكلف إيقاع مَرَّاته كلها جملة واحدة كاللعان ، فإنه لو قال : أشهد بالله أربع شهادات أني لمن الصادقين » كان مرة واحدة ، ولو قال في القسامة : « أقسم بالله خمسين يميناً أن هذا قاتله » كان ذلك يميناً واحداً ولو قال المقر بالزنا أنا أقر أربع مرات أني زنيت » كان مرة واحدة . فمن يعتبر الأربع لا يجعل ذلك إلا إقراراً واحداً . وقال النبي ﷺ « من قال في يومه سبحان الله وبحمد مائة مرة . حُطّت عنه خطاياه . ولو كانت مثل زَبَدِ البحر » فلو قال سبحان الله وبحمده مائة مرة » بلفظ واحد لم يحصل له هذا الثواب ، حتى يقولها مرة بعد مرة . ومثله من التسبيح بعد الصلاة ، فلو قالها بلفظ واحد ، لم يحصل له ذلك الثواب . وذكر أمثلة على ذلك .
إلى أن قال : فهذا كتاب الله ، وهذه سنة رسوله ﷺ ، وهذه لغة العرب ، وهذا عُرْف التخاطب ، وهذا خليفة رسول الله والصحابة كلهم في عصره ، وثلاث سنين من عصر عمر على هذا المذهب إلى أن قال : ولهذا أدعى بعض أهل العلم أن هذا إجماع قديم ، ولم تجمع الأمة - ولله الحمد - على خلافه ، بل لم يزل فيهم من يفتي به قرناً بعد قرن ، وإلى يومنا هذا ، فأفتى به حبر الأمة ، وترجمان القران ابن عباس ، وقد أفتى بهذا ، وأفتى بهذا ، وأفتى الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف حكاه عنهما ابن وضاح ، وعن علي كرم الله وجهه ، وابن مسعود روايتان . =

= وأما التابعون ، فأفتى به عكرمة ، وطاوس ، ومحمد بن إسحق ، وخلاس بن عمرو ، والحارث العكلي ، وداود بن علي ، وأكثر أصحابه ، وأبو المغلس ، وابن حزم ، وبعض أصحاب مالك ، وبعض الحنفية ، وبعض أصحاب أحمد .

وأما الإمام أحمد ، فقد قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس : « كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله .. » بأي شيء تدفعه ؟ قال : برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ، فقد صرح بأنه إنما ترك القول به لمخالفة راويه له . وأصل مذهبه وقاعدته التي بنى عليها أن الحديث ، إذا صح لم يرده لمخالفة راويه له ، بل الأخذ عنده بما رواه . هذا كلام ابن القيم باختصار . انظر (إعلام الموقعين ٣/٣٠) وما بعدها .

أما القرطبي فقد قال : قال علماؤنا : واتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة ، وهو قول جمهور السلف وشذ طاوس ، وبعض أهل الظاهر إلى أن طلاق الثلاث في كلمة واحدة يقع واحدة ، ويروى هذا عن محمد بن إسحق ، والحجاج بن أرطأة ، وقيل عنهما : لا يلزم منه شيء ، وهو قول مقاتل ، ويحكي عن داود أنه لا يقع والمشهور عن الحجاج بن أرطأة ، وجمهور السلف ، والأئمة أنه لازم واقع ثلاثاً .

وبعد أن ذكر حجة من قال إن الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، قال : قال ابن عبد البر : ورواية طاوس ، وهم وغلط ، لم يعرج عليه أحد من فقهاء الأمصار بالحجاز ، والشام ، والعراق ، والمشرق ، والمغرب ، وقد قيل : إن أبا الصهباء لا يعرف في موالي ابن عباس .

والجواب عن الأحاديث التي احتجوا بها ذكره الطحاوي ، وهو أن سعيد بن جبير ، ومجاهداً ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، ومالك بن الحويرث ، ومحمد بن إياس بن البكير ، والنعمان بن أبي عياش رووا عن ابن عباس فيمن طلق امرأته ثلاثاً أنه قد عصى ربه ، وبانت منه امرأته ولا ينكحها إلا بعد زوج ، وفيما رواه هؤلاء الأئمة عن ابن عباس مما يوافق الجماعة ما يدل على وهن رواية طاوس ، وغيره ، وما كان ابن عباس ليخالف الصحابة إلى رأي نفسه .

ثم قال : قال الباجي « وعندي أن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة ، فقد روى عنه الأئمة : معمر وابن جريج وغيرهما ، وابن طاوس إمام . والحديث الذي يشيرون إليه ، هو ما رواه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رضي الله عنه : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم : ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس الآن ثلاث تطليقات ، ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر قال : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فأنكر عليهم أن أحدثوا في الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو كان حالهم ذلك في أول الإسلام في زمن النبي ﷺ ما قاله ، ولا عاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة . =

قال « طلَّقَ ركانة زوجه ثلاثاً في مجلس واحد ، فحزن عليها حزناً شديداً ، فسأله رسول الله ﷺ : كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثاً في مجلس واحدٍ ، قال : إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها »(١) وقد احتج من انتصر لقول الجمهور

= ويدل على صحة هذا التأويل ما روي عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها مجتمعة ، فإن كان هذا معنى حديث ابن طاوس ، فهو الذي قلناه ، وإن حمل حديث ابن عباس على ما يتأول فيه من لا يعبأ بقوله ، فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة ، وانعقد الإجماع . انظر (القرطبي ١٢٩/٣) وما بعدها .

(١) الحديث رواه الشافعي ، وأبو داود ، والدارقطني ، وقال : قال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح . وأخرجه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، والحاكم ، وقال الترمذي : لا يعرف إلا من هذا الوجه ، وسألت محمداً عنه يعني البخاري ، فقال : فيه اضطراب .

قال الشوكاني : وفي إسناده الزبير بن سعيد الهاشمي ، وقد ضعفه غير واحد ، وقيل إنه متروك ، وذكر الترمذي عن البخاري أنه يضطرب فيه ، تارة يقال فيه ثلاثاً ، وتارة قيل : واحدة ، وأصحها أنها طلقة البتة ، وأن الثلاث ذكرت فيه على المعنى . قال ابن كثير : لكن رواه أبو داود من وجه آخر ، وله طرق أخر ، فهو حسن إن شاء الله ..

إلى أن قال الشوكاني : واعلم أنه قد وقع الخلاف في الطلاق الثلاث إذا وقعت في وقت واحد ، هل يقع جميعها ، ويتبع الطلاق الطلاق أم لا ؟ فذهب جمهور التابعين . وكثير من الصحابة ، وأئمة المذاهب الأربعة ، وطائفة من أهل البيت منهم علي ، والناصر ، والإمام يحي حكي ذلك عنهم في البحر ، وحكاه أيضاً عن بعض الإمامية إلى أن الطلاق يتبع الطلاق .

وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن الطلاق لا يتبع الطلاق ، بل يقع واحدة فقط ، وقد حكى ذلك صاحب البحر عن أبي موسى رواية عن علي ، وابن عباس ، وطاوس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والهادي ، والقاسم ، والباقر ، والناصر ، وأحمد بن عيسى ، وعبد الله بن موسى بن عبد الله ، ورواية عن زيد بن علي ، وإليه ذهب جماعة من المتأخرين منهم : ابن تيمية ، وابن القيم ، وجماعة من المحققين ، وقد نقله ابن مغيث في كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح ، ونقل الفتوى بذلك عن جماعة من مشايخ قرطبة . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار .

ثم قال الشوكاني : والحاصل أن القائلين بالتتابع قد استكثروا من الأجوبة على حديث ابن عباس ، وكلها غير خارجة عن دائرة التعسف ، والحق أحق بالاتباع ، فإن كانت تلك المحاماة لأجل مذاهب الأسلاف ، فهي أحقر ، وأقل من أن تؤثر على السنة المطهرة ، وإن كانت لأجل عمر بن الخطاب ، فأين يقع المسلمون من رسول الله ﷺ ، ثم أي مسلم من المسلمين يستحسن عقله ، وعمله ترجيح قول صحابي على قول المصطفى ؟ انظر (نيل الأوطار ٢٦٠/٦) =

بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن جُلَّة الصحابة رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن اسحاق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثاً .

وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لا يلزم ، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غَلَّبوا حكم التغليظ في الطلاق سدًّا للذريعة ولكن تبطل بذاك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى : ﴿ **لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أمراً** ﴾[1] .

* * *

المسألة الثانية : وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية ، سواء أكانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان اختلف عنده

= وما بعدها . ومعنى هذا أنه يقول بقول ابن تيمية ، وابن القيم وكذلك مر بك أن الصنعاني يؤيد قولهما .

فهذه أقوال العلماء في هذه المسئلة ، ولك أيها القاريء أن ترجح من الأقوال ما يمليه عليك الحق ، والصواب فيها ، والله أعلم .

وقد أخذ كثير من بلدان المسلمين بفتوى ابن القيم ، وابن تيمية في وقتنا الحاضر . نظراً لما فيها من التسهيل ، والتيسير على المسلمين .

(١) سورة الطلاق آية ١

في ذلك ، لكــن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال : إن الاعتبـار في ذلــك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثـانيـة سواء أكان الزوج عبدًا أو حرًّا . وممن قال بهذا القول من الصحـابـة : علي وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصـار أبو حنيفـة وغيره . وفي المسـألـة قـول أشـذ من هـذين ، وهـو أن الطـلاق يعتبر برق من رق منهما ، قـال ذلـك عثمان البتي وغيره وروي عن ابن عمر [1] .

---

(١) منهم من قـال : الطـلاق معتبر بـالرجـال . فـإن كان الـزوج حرًّا . فطـلاقـه ثـلاث حرةً كانت الزوجـة أو أمـةً ، وإن كان عبداً ، فطلاقه اثنتـان ، حرة كانت زوجتـه ، أو أمـة ، فـإذا طلق اثنتين حرمت عليـه حتى تنكح زوجـاً غيره . روي ذلـك عن عمر ، وعثمان ، وزيـد ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق ، وابن المنذر ، وأحمد .
وقـال ابن عمر : أيهما رق ، نقص الطـلاق برقـه ، فطـلاق العبـد اثنتـان وإن كان تحتـه حرة ، وطلاق الأمة اثنتـان ، وإن كان زوجهـا حراً وروي عن علي ، وابن مسعود : أن الطلاق معتبرا بـالنسـاء ، فطلاق الأمـة اثنتـان ، حرًّا كان الـزوج أو عبـداً ، وطـلاق الحرة ثـلاث ، حرًّا كان الزوج ، أو عبداً : وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وعكرمـة ، وعبيـدة ، ومسروق ، والزهري ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبو حنيفة . لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنـه قـال « طلاق الأمـة تطليقتـان ، وقرؤهـا حيضتـان » رواه أبو داود ، وابن مـاجـة ، ولأن المرأة محل للطلاق ، فيعتبر بها كالعدة .
وحجة أصحاب القول الأول أن الله تعـالى خـاطب الرجـال بـالطلاق ، فكان حكمـه معتبراً بهم ، ولأن الطلاق خـالص حق الزوج ، وهو مما يختلف بـالرق ، والحريـة فكان اختلافـه بـه كعـدد المنكوحات .
أما حديث عائشة فقال أبو داود : راويه مظـاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، وقـد أخرجـه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « طلاق العبـد اثنتـان ، فلا يحل لـه حتى تنكح زوجاً غيره ، وقُرْء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمـة ، ولا تتزوج الأمـة على الحرة » . وهذا نص ، ولأن الحر يملـك أن يتزوج أربعـاً ، فملـك طلقـات ثلاثـاً كما لو كان تحتـه حرة .
ولا خلاف في أن الحر الـذي زوجتـه حرة طلاقـه ثـلاث ، وأن العبـد الـذي تحتـه أمـة طـلاقـه اثنتان ، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقاً .
قال أحمد : المُكَاتَبُ عبـد مـا بقي عليـه درهم ، وطـلاقـه وأحـكامـه كلهـا أحكام العبيـد . انظر (المغني ٢٦٢/٧) .

وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فمن قال التأثير في هذا هو لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا الذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء : أي نقصانها تابع لرق النساء . واحتج الفريق الأول بما روي عن ابن عباس مرفوعا إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطلاق بالرجال ، والعدة بالنساء » [١] إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثية مع الرق .

المسألة الثالثة : وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع ، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء [٢] . وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر إلا ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة

(١) حديث « الطلاق بالرجال ، والعدة بالنساء » رواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس موقوفاً عليه . ورواه كذلك عن علي موقوفاً ، قال الحافظ في التلخيص : رواه الدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن مسعود موقوفاً .

(٢) انظر لمذهب الظاهرية (المحلى ٥٨١/١١) وضعف ما احتج به الجمهور . والحق أن قول الظاهرية في هذه المسئلة أقرب إلى الصواب . فالعبد إنسان مكلف كالإنسان الحر . وما الفرق بينهما ، وقد ساواه الله تعالى بالتكاليف وبالفرائض كغيره من الأحرار لا فرق بينهم ، فكيف يختص بتطليقين دون غيره ؟ .

أما الأحاديث ، فكما ترى لا تقوى على الاحتجاج بها .

للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قِبَل الندم ، وكان ذلك عسراً عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى - والله أعلم - أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

* * *

الباب الثاني

في معرفة الطلاق السُّنّي من البِدْعي

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض الذي مسها فيه غير مطلق للسنة [١] وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق أمرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال عليه الصلاة والسلام : مُرْه فَلْيراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إنْ شاء أمسك وإن شاء طلق قَبْلَ أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » [٢] . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع : **الموضع الأول** : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ؟ **الثاني** : هل المطلق ثلاثاً : أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ **الثالث** : فى حكم من طلق في وقت الحيض .

أما الموضع الأول : فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلَّقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة [٣] .

---

(١) نقل الإجماع هذا ابن قدامة عن ابن عبد البر ، وابن المنذر . لكنه نقل عن ابن مسعود أن طلاق السنة عنده أن يطلقها من غير جماع سواء كانت في طهر أم لا ؟ وقال في قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ قال : طاهراً من غير جماع ، ونحوه عن ابن عباس . انظر (المغني ٩٨/٧) .

(٢) الحديث متفق عليه . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام) وقد تقدم تخريجه .
قال الحافظ : واسم امرأته آمنة بنت غفار . قاله ابن باطيش وقال : وهو كذلك في تكملة الإكمال لابن نقطة ، عزاه لابن سعد من طريق ابن لهيعة عن عبد الرحمن الأعرج . فذكر مرسلاً ووقع فيه تصحيف ، ورويناه في حديث قتيبة جمع العيار بهذا السند الذي فيه ابن لهيعة : أنها آمنة بنت عمار . وفي مسند أحمد من حديث نافع : أن عمر قال : يارسول الله إن عبد الله طلق امرأته النوار . ويحتمل أن يكون هذا لقبها وذاك اسمها . انظر (التلخيص ٢٠٦/٣) .

(٣) طلاق السنة عند مالك ، والشافعي ، وأحمد أن يطلقها طلقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ثم =

وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقاً ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

* * *

وأما الموضع الثاني : فإن مالكاً ذهب إلى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة [1] . وسبب الخلاف

= يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وبه قال الأوزاعي ، وأبو عبيد .

وقال أبو حنيفة والثوري : السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلق ، وهو قول سائر الكوفيين . وحجتهم حديث ابن عمر حين قال له رسول الله ﷺ « راجعها ، ثم أمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر » قالوا : وإنما أمره بإمساكها في هذا الطهر ، لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل ، فإذا مضى ، ومضت الحيضة التي بعدة أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر : والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء .

وروى النسائي عن عبد الله قال : « طلاق السنة أن يطلقها تطليقة ، وهي طاهر في غير جماع ، فإذا حاضت ، وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة .

واحتج أصحاب القول الأول بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال « لا يطلق أحد للسنة ، فيندم » رواه الأثرم ، وهذا يحصل في حق من لم يطلق ثلاثاً . وقال ابن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ، ثم يدعها ما بينها ، وبين أن تحيض ثلاثة ، فمتى شاء راجعها » رواه النجاد بإسناده ، وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها ، وهي طاهر ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، أو يراجعها إن شاء . (انظر المغني ٩٨/٧) .

(١) المطلق ثلاثاً بلفظ واحد يعتبر عند أبي حنيفة ، ومالك ، والهادوية : طلاق بدعة ، وذهب الشافعي ، وأحمد إلى أنه ليس ببدعة ولا مكروه . وبه قال أبو ثور ، وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي ، وعبد الرحمن بن عوف ، والشعبي .

والرواية الثانية عن أحمد أنها بدعة محرمة ، واختارها من أصحابه أبو بكر ، وأبو حفص ، وروي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر . انظر (سبل السلام =

معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة .

والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلّق زوجته ثلاثاً بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملاعنة [١] قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله ﷺ . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه إنه ليس للسنة . واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعِنَيْن عنده قد وقعت الفُرقة بينهما من قِبَلِ التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة ، وقول مالك ـ والله أعلم ـ أظهر ههنا من قول الشافعي .

* * *

وأما الموضع الثالث : في حكم من طلّق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع : منها أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه ، وقالت فرقة : لا ينفذ ولا يقع ، والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر مالم تنقض عدتها ، وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى .

والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن

= ١٧٢/٣) و (المغني ١٠٢/٧) .

(١) حديث العجلاني متفق عليه . ولعل أصحاب القول الأول أقرب للصواب كما أشار إليه المؤلف ، لأن المقصود من طلاق السنة هو التأني في الطلاق ، وعدم الإسراع فيه لكي لا يقع المطَلّقُ في الندم .

شاء ، فقوم اشترطوا فى الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ، وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم يرَ الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذن أربع مسائل : **أحدها** : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ **والثانية** : إنْ وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ **والثالثة** : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب . **والرابعة** : متى يقع الإجبار .

* * *

أما المسألة الأولى : فإن الجمهور[1] إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتُدَّ به ، وكان طلاقاً لقوله ﷺ في حديث ابن عمر « مُرْهُ فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حُسِبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ ؟ قال نعم ، وروى أنه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فإنه اعتمد عموم قوله ﷺ :

---

(١) إن طلق للبدعة ، (وهو أن يطلقها حائضاً ، أو في طهر أصابها فيه) أَثِمَ ووقع طلاقه عند عامة أهل العلم . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع ، والضلال . وحكاه أبو نصر عن ابن عُلَيّة ، وهشام بن الحكم ، والشيعة ، وبعض أهل الظاهر ، فقالوا : لا يقع طلاقه . انظر (المغني ٩٩/٧) وانظر (فتح الباري ٢٨٩/٩) .

فقول المؤلف « فإن الجمهور .. » يعني أن هناك قولاً آخر لمن يعتد بمخالفته وقد ذكرنا فيما نقلناه عن ابن قدامة ، والحافظ ابن حجر إجماع العلماء على ذلك ، وليس هناك مخالف ، إلا خلاف من لا يعتد به . فتأمل ذلك .

« كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » [١] وقالوا : أمر رسول الله ﷺ بِرَدِّهِ يُشْعِرُ بعَدَمِ نفوذه ووقوعه .

وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء . أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء قال : لا يقع الطلاق الذي عَدِمَ هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال وتمام قال يقع ويندب إلى أن يقع كاملاً ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

وأما المسألة الثانية : وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ، ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعاً قال : هذا الأمر هو على الندب [٢] .

* * *

(١) تقدم تخريج الحديث ، وهو متفق عليه .

(٢) إذا طلقها طلاقاً بدعياً ، فيستحب أن يراجعها لأمر النبي ﷺ بمراجعتها ، وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق . ولا يجب ذلك في ظاهر مذهب أحمد ، وهو قول الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب ، واختارها ، وهو قول مالك ، وداود ، لظاهر الأمر في الوجوب ، ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قوله تعالى : ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق . وقال مالك ، وداود : يجبر على رجعتها . قال أصحاب مالك : يجبر على رجعتها ما دامت في العدة ، إلا أشهب قال : ما لم تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، لأنه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال ، فلا يجب عليه رجعتها فيه .
ولأصحاب القول الأول أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه ، فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب . حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء ، وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة ، وأما الرجعة ، فمحمول على الاستحباب كما ذكرنا .
انتهى كلام ابن قدامة . انظر (المغني ١٠٠/٧) وانظر (فتح الباري ٢٨٨/٩) وانظر (نيل =

وأما المسألة الثالثة : وهي متى يوقع الطلاق بعد الإجبار فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجمله فقالوا إن من شَرْطِ الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ، وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب ، وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس ابن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال : يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة وتعارض مفهوم العلة .

* * *

وأما المسألة الرابعة : وهي متى يجبر ؟ فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضاً فإنه قال : إنه أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها بإجماع فإن قلنا إنه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا

= الأوطار ٢٥١/٦) وانظر لمذهب مالك (الكافي ٢٥١/١) .

التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطُّهْرِ الـذي بعـد الحيضـة . فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد (١) .

* * *

(١) المطلق واحدة في الحيض يؤمر عند مالك بمراجعة امرأته ، ويجبر على ذلـك مـادامت في العـدة ، وبه قال ابن القاسم ، وعبد الملك .
وأما أشهب ، فقال : يجبر ما لم تخرج إلى الطهر الثاني . قال : كيف أجبره على الرجعة في موضع له أن يطلق فيه ، فإذا راجعهـا ، أمسكهـا حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فيوقع الطلاق إن شاء على سنته ، وتعتد بتطليقة في الحيض ، فإن طلقها بعـد ذلـك في الطهر ، بقيت عنـده على طلقة واحدة ، واحتسبت باثنتين . انظر (الكافي ٤٧٢/١) لمذهب مالك .

الباب الثالث

في الخُلْعِ *

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تئول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العِوَض على طلاقها ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقًّا لها عليه ـ على ما زعم الفقهاء .

والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول : في جواز وقوعه أوْ لا ، ثم ثانياً : في شروط وقوعه : أعني جواز وقوعه ، ثم ثالثاً : في نوعه : أعني هل هو طلاق أو فسخ ؟ ثم رابعاً : فيما يلحقه من الأحكام .

الفصل الأول

في جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فلا جُناحَ عَلَيْهما فيما افتَدَتْ بِه ﴾ (١) . وأما السنة فحديث ابن عباس « أن أمرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يارسول الله .. ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . قال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة » (٢) خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي ، وهو حديث

* الخلع بضم أوله ، وسكون ثانيه : هو فراق الزوجة على مال . مأخوذ من خلع الثياب ، لأن المرأة لباس الرجل مجازاً ، وضم المصدر تفرقة بين المعنى الحقيقي ، والمجازي .

(١) البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) أخرجه البخاري بهذا اللفظ كما ذكره المؤلف . وأبو داود ، والترمذي ، وحسنه عن ابن عباس . انظر (البخاري مع فتح الباري ٣٢٨/٩) و (بلوغ المرام مع سبل السلام ١٦٤/٣) .

متفق على صحته ، وشذ أبو بكر[1] بن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى : ﴿ وإنْ أرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُمْ إحْداهُنَّ قِنْطاراً فلا تأْخذوا منه شَيْئاً ﴾[2] الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

* * *

= وفي رواية بدل « ولا أعيب » « ولا أعتب » بالتاء مضمومة ، ومكسورة من العتب .

وثابت بن قيس ، هو : خزرجي أنصاري ، شهد أحداً ، وما بعدها ، وهو من أعيان الصحابة ، كان خطيباً للأنصار ، ولرسول الله ﷺ ، وشهد له النبي ﷺ بالجنة .

وأما امرأته ، فسماها البخاري جميلة ، ذكره عن عكرمة مرسلاً .

وأخرج البيهقي مرسلاً أن اسمها زينب بنت عبد الله بن أُبي بن سلول . وقيل : غير ذلك . قال الحافظ : وقع لابن الجوزي في تنقيحه أنها سهلة بنت حبيب ، فما أظنه إلا مقلوباً . والصواب حبيبة بنت سهل . (الفتح) .

(١) في جميع النسخ التي لدينا هكذا « أبو بكر » والصواب : بكر بن عبد الله المزني التابعي . انظر (المغني ٥٢/٧) و (نيل الأوطار ٢٧٨/٦) و (القرطبي ١٣٩/٣) وجاء في جميع النسخ كذلك (المزيني) بزاي بعدها ياء . والصواب (المزني) .

وانظر الإجماع على ذلك المصادر السابقة .

(٢) النساء آية ٢٠ .

الفصل الثاني

في شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القَدْر الذي يجوز فيه ، ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ، ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا تملك أمرها ، ففي هذا الفصل أربع مسائل :

المسألة الأولى : أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به فإن مالكاً والشافعي وجماعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قِبَلها وبمثله وبأقل منه . وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت [١] . فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ، ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك . وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

* * *

المسألة الثانية : وأما صفة العِوَض ، فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب . ومالك يجيز فيه المجهول الوجود

---

(١) يجوز الخلع على أكثر مما أعطاها ، أو أقل ، وهو مذهب مالك ، والشافعي وأبي حنيفة ، وأحمد ، وأصحابهم ، وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعكرمة ، ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، والنخعي ، وأبي ثور . وقال مالك : ليس من مكارم الأخلاق وعند أحمد : لا يستحب .

وقالت طائفة : لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وهو قول طاوس ، وعطاء ، والأوزاعي ، والزهري ، وعمرو بن شعيب ، وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع ، واختاره أبو بكر من الحنابلة ، قال : فإن فعل ، رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئاً . انظر (تفسير القرطبي ١٤١/٣) و (المغني ٥٢/٧) و (فتح الباري ٩/ ٣٢٦) و (سبل السلام ١٦٥/٣) .

والقَدْر المعدوم ، مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم [١] . وسبب الخلاف تردد العِوَض ههنا بين العِوَض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها . فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يُشترط في البيوع وفي أعواض البيوع . ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا يستحق عِوضاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل [٢] .

المسألة الثالثة : وأما ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها

---

(١) الخلع عند مالك جائز على ثمرة لم يبد صلاحها ، وعلى جمل شارد ، أو عبد آبق ، أو جنين في بطن أمه ، ونحو ذلك من وجوه الغرر ، بخلاف البيوع ، والنكاح ، فإنه لا يجوز . انظر (الكافي ١/ ٤٩٣) .

وقال الشافعي : الخلع جائز ، وله مهر مثلها ، وحكى ذلك عن مالك . وقال أبو ثور : الخلع باطل . وقال أبو حنيفة : الخلع جائز ، وله ما في بطن الأمة ، وإن لم يكن في بطنها ولد ، فلا شيء له . انظر (القرطبي ٣/ ١٤١) وعند أحمد إن خالعها على حمل أَمَتِها ، أو غنمها ، أو غيرهما من الحيوان ، أو قال على ما في بطونها ، أو ضروعها ، صح الخلع ، وإن خالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على دابة ، أو بعير ، أو بقرة ، أو ثوب ، أو يقول : إن أعطيتني ذلك ، فأنت طالق ، فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ، ويقع الطلاق بها . وإن خالعها على ما يثمر نخلها أو تحمل أمتها ، صح . قال أحمد : إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين ، فجائز ، فإن لم يحمل نخلها ترضيه بشيء ، قيل له : فإن حمل نخلها ؟ قال : هذا أجود من ذاك . انظر (المغني ٧/ ٦٣) .

(٢) إن خالعها على محرم ، كالخمر ، والخنزير ، والميتة ، فهو كالخلع بغير عوض ، لا يستحق شيئاً ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وأحمد .

وقال الشافعي : له عليها مهر المثل ، لأنه معاوضة بالبضع ، فإذا كان العوض محرماً ، وجب مهر المثل كالنكاح . انظر (المغني ٧/ ٧٣) .

بما تُعطيه إضراره بها [١] .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ **ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إلاّ أَنْ يَأْتِينَ بفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾ [٢] وقوله تعالى : ﴿ **فإنْ خِفْتُمْ ألاّ يُقِيما حُدودَ اللهِ فلا جُناحَ عَلَيْهما فيما افْتَدَتْ بِه** ﴾ [٣] وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني ، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا ، وقال داود : لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدودَ الله على ظاهر الآية ، وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ، والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جُعِل الطلاق بيد الرجل إذا فرك [٤] المرأة جُعِلَ الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلاً . وقول إنه يجوز على كل حال : أي مع الضرر : وقول إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيماً حدود الله . وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور [٥] .

* * *

---

(١) اختلف العلماء هل يشترط في صحة الخلع أن تكون المرأة ناشزًا أو لا ؟ ذهب الظاهرية ، والهادي إلى أنه يشترط ذلك ، واختاره ابن المنذر مستدلين بقصة ثابت هذه . وذهب أبو حنيفة ، والشافعي وأكثر أهل العلم أنه لا يشترط ذلك ، وقالوا : يصح الخلع بالتراضي بين الزوجين ، وإن كانت الحالة مستقيمة بينهما ، ويحل العوض . انظر (سبل السلام ٣/ ١٦٥) .

(٢) النساء آية ١٩ .

(٣) البقرة آية ٢٢٩ .

(٤) فرك : أبغض ، والفِرْك بالكسر : البُغض .

(٥) انظر هذه الأقوال (القرطبي ٣/ ١٣٧) وما بعدها ، و (فتح الباري ٩/٣٣٠) وما بعدها وانظر (نيل الأوطار ٦/ ٢٧٩) وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٤) .

المسألة الرابعة : وأما من يجوز لـه الخلع ممن لا يجوز فـإنـه لا خلاف عنـد الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخـالع عن نفسهـا إلا برضـا سيدها ، وكذلك السفيـهة مع وليها عند من يرى الحَجْر ، وقال مالك : يخالع الأب على ابنتـه الصغيرة كما ينكحهـا وكـذلـك على ابنـه الصغير لأنـه عنـده يطلق عليـه والخلاف في الابن الصغير ، قـال الشـافعي وأبو حنيفـة : لا يجوز لأنه لا يُطَلِّقُ عليه عندهم والله أعلم . وخلع المريضة يجوز عند مـالـك إذا كان بقدر ميراثه منها ، وروى ابن نافع عن مالك أنـه يجوز خلعهـا بـالثلث كلـه ، وقـال الشـافعي : لو اختلعت بقـدر مهر مثلهـا جـاز ، وكان من رأس المـال ، وإن زاد على ذلـك كانت الـزيـادة من الثلث . وأمـا المهملـة التي لا وصيٌّ لهـا ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعهـا إذا كان خلع مثلهـا ، والجمهور على أنـه يجوز خلع المالكة لنفسها ، وشذ الحسن وابن سيرين فقـالا : لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان (١) .

* * *

(١) قال ابن قدامـة : الخلع مع الأمَـةِ صحيح ، سواء كان بـإذن سيـدهـا ، أم بغير إذنـه ، لأن الخلع يصح مع الأجنبي ، فـمع الزوجة أولى ، ويكون طلاقها على عوض بائناً ، والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء .

أما إذا كان الخلع بغير إذن سيدهـا عل شيء في ذمتهـا ، فـإنـه يتبعهـا ، إذا عتقت ، لأنـه رضي بذمتهـا ، ولو كان على عين ، فـالـذي ذكره الخرقي أنـه يثبت في ذمتها مثلـه ، أو قيمتـه ، إن لم يكن مثلياً .. وهو قول مـالـك . وقـال الشـافعي : يرجع عليهـا بمهر المثل كقولـه في الخلع على الحر ، والمغصوب . أما إذا كان الخلع بـإذن السيد ، فإنه يتعلق العوض بـذمتـه ، وهـذا قيـاس مـذهب أحمد ، كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة . انظر (المغني ٧/ ٨٢) .

ويصح خلع المحجور عليها لفلس عند أحمد ، وبذلها للعوض صحيح وأما المحجور عليها لِسَفَهٍ ، أو صغر ، أو جنون ، فلا يصح بذل العوض منها في الخلع ، لأنـه تصرف في المـال ، وليس هي من أهلـه . هـذا مـذهب أحـمد ، والشـافعي . انظر (المغني ٧/ ٨٣) و (المجموع ١٥/٣٣٦) . وعند الشـافعي لا يجـوز أن يـطلـق امرأة ابنـه الصغير ، أو المجنـون بعـوض ولا بغير عـوض . وقـال الحسن ، وعطاء ، وأحمد : له أن يطلقها بعوض ، وبغير عوض . انظر (المجموع ١٥/ ٣٣٦) .

قال ابن قدامة : قال أصحـابنـا : وليس لولي هؤلاء المخـالعـة بشيء من مـالهن ، لأنـه إنما يملك =

= التصرف بمالها ، إذا كان فيه الحظ ، وهذا لاحظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتها ، ومسكنها ، وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك ، إذا رأى الحظ فيه .. وهذا مذهب مالك ، والأب ، وغيره من أوليائها في هذا سواء ، وإن خالعها بشيء من ماله ، جاز ، لأنه يجوز من الأجنبي ، فمن الولي أولى . انظر (المغني ٧/ ٨٣) .

وعند مالك يخالع الأب عن ابنته الصغيرة بخلاف الوصي ، ويخالع الأب عن الزوج الصغير زوجته ، ولا يجوز خلع السفيهة ، ويجوز خلع المريضة إن كان قدر ميراثه منها ، وقيل : لا يجوز مطلقاً ، وقيل : يجوز مطلقاً ، انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٤٤) وهو مذهب أحمد سواء كان بمهر مثلها ، أو أكثر ، أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث . انظر (المغني ٧/ ٨٩) .

وعند الشافعي إن خالع الزوج في مرض موته بمهر المثل ، أو أكثر ، صح وإن خالع أقل من مهر المثل صح ، ولا اعتراض للورثة . وإن خالعت الزوجة في مرض موتها بمهر المثل ، أو دونه ، كان ذلك من رأس المال .

وقال أبو حنيفة : يكون من الثلث . انظر (المجموع ١٥/ ٣٦٢) وانظر جواز الخلع للمالكة نفسها عند الجمهور وشذوذ الحسن ، وابن سيرين (القرطبي ٣/ ١٣٨) .

الفصل الثالث

في نوعه

وأما نوع الخُلْع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة سَوَّى بين الطلاق والفسخ ، وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس . وقد روي عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق كان طلاقاً وإلا كان فَسْخاً ، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق . وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً ، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى ، وقال أبو ثور : إنْ لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة ، وإنْ كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة [١] واحتج من جعله طلاقاً بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة

---

(١) روي عن عثمان ، وعلي وابن مسعود ، وجماعة من التابعين أنه : طلاق ، وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعي في أحد قوليه ، فمن نوى بالخلع تطليقتين ، أو ثلاثاً ، لزمه ذلك عند مالك ، وقال أصحاب الرأي : إن نوى الزوج ثلاثاً ، كان ثلاثاً ، وإن نوى ثنتين ، فهو واحدة لأنها كلمة واحدة ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وقبيصة وشُريح ، ومجاهد ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، والنخعي ، والشعبي ، والزهري ومكحول ، وابن أبي نجيح .

وقال الشافعي في أحد قوليه ، إن نوى بالخلع طلاقاً ، وسماه ، فهو طلاق ، وإن لم ينو طلاقاً ، ولا سمى ، لم تقع فرقة ، قاله في القديم ، وهو قول المزني ، وهو الأصح عند الشافعية .

وقال أبو ثور : إذا لم يسم الطلاق ، فالخلع فرقة ، وليس بطلاق ، وإن سمي تطليقة ، فهي تطليقة ، والزوج أملك برجعتها ما دامت في العدة ، وممن قال : إن الخلع فسخ ، وليس بطلاق إلا أن ينويه ابن عباس وطاوس ، وعكرمة ، وإسحق ، وأبو ثور . وهي رواية عن أحمد ، والرواية الثانية : أنها طلقة بائنة ، واحتجوا بالحديث عن ابن عُيَيْنة عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله : رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه ، أيتزوجها ؟ قال : نعم ، لينكحها ، ليس الخلع بطلاق ذكر الله عز وجل الطلاق في أول الآية ، وآخرها ، والخلع فيما بين ذلك فليس الخلع بشيء ، ثم قال ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان** ﴾ ثم قرأ ﴿ **فإنْ طَلَّقها فلا تَحِلُّ لَهُ من بَعْدُ حتى تَنْكِحَ زَوْجاً** =

الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقاً بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال : ﴿ **الطَّلاقُ مَرّتان** ﴾ [١] ثم ذكر الافتداء ثم قال : ﴿ **فإن طَلَّقَها فلا تَحِلُّ له مِن بَعْدُ حَتّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه** ﴾ [٢] فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياساً على فسوخ البيع : أعني الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لا أنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟

* * *

= **غيره** ﴾ قالوا : ولأنه لو كان طلاقاً ، لكان بعد ذكر الطلقتين ثالثاً ، وكان قوله : (فإن طلقها) بعد ذلك دالاً على الطلاق الرابع فكان يكون التحريم متعلقاً بأربع تطليقات ، واحتجوا كذلك بما رواه الترمذي ، وأبو داود ، والدارقطني عن ابن عباس : أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله ﷺ فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد بحيضة . قال الترمذي : حديث حسن غريب . وعن الرُّبَيِّع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد النبي ﷺ ، فأمرها النبي ﷺ ، أو أمرت أن تعتد بحيضة ، قال الترمذي : حديث الربيع الصحيح أنها أُمرت أن تعتد بحيضة . قالوا : فهذا يدل على أن الخلع فسخ ، لا طلاق ، وذلك أن الله تعالى قال : ﴿ **والمطلّقاتُ يتربّصْنَ بأنفسهن ثَلاثَةَ قُرُوء** ﴾ ولو كانت هذه مطلقة لم يقتصر بها على قُرْءٍ واحد .

قال القرطبي : فمن طلق امرأته تطليقتين ، ثم خالعها ، ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك ـ كما قال ابن عباس ـ وإن لم تَنكِحْ زوجاً غيره ، لأنه ليس له غير تطليقتين ، والخلع لغو .

ومن جعل الخلع طلاقاً ، قال : لم يجز أن يرجعها ، حتى تنكح زوجاً غيره ، لأنه بالخلع ، كملت الثلاث ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . انظر (القرطبي ٣/ ١٤٣) وانظر (المغني ٧/ ٥٦) وانظر (المجموع ١٥/ ٣٤٠) وقد جاء في (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٢٩) لمذهب أبي حنيفة « الخلع طلاق عندنا » .

(١) البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) البقرة آية ٢٣٠ .

الفصل الرابع

فيما يلحقه من الأحكام

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتدف [1] على المختلعة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلاً ، وقال الشافعي : لا يرتدف وإنْ كان الكلام متصلاً ، وقال أبو حنيفة : يرتدف ، ولم يفرق بين الفور والتراخي [2] . وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها . فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ، ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة . إلا ما روي عن سعيد ابن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : إنْ ردَّ لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها . والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو

---

(١) يرتدف : أي يتبع : تقول (ردفته) بالكسر : لحقته ، وتبعته ، و (ترادف القوم) تتابعوا . وكل شيء تبع شيئاً ، فهو : ردفه ، (المصباح المنير) .

(٢) المختلعة لا يلحقها طلاق بحال ، وبه قال ابن عباس ، وابن الزبير ، وعكرمة ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأحمد .

وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية ، والطلاق المرسل ، وهو أن يقول : كل امرأة لي طالق ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعي ، والزُّهْرِيّ ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة » .

وحجة أصحاب القول الأول قول ابن عباس ، وابن الزبير ، ولا يُعْرف لهما مخالف في عصرهما ، ولأنها لا تحل ، إلا بنكاح جديد ، فلم يلحقها طلاق كالمطلقة ، قبل الدخول ، أو المنقضية عدتها . انظر (المغني ٧/ ٥٩) وانظر (المدونة ٢/ ٢٤٢) في الفرق بين الطلاق المتصل ، وغير المتصل لما ذكره المؤلف . وانظر (المجموع ١٥/ ٣٥٦) وانظر (المحلى ١١/ ٥٩٢) لابن حزم .

لا يكون [١] . ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ، وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة [٢] .

وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟ واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتي بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة . وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل [٣] شبه الشافعي اختلافها باختلاف المتبايعَيْنِ ، وقال مالك : هي مدعىً عليها وهو مدع . ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

* * *

---

(١) لا يثبت في الخلع رجعة ، سواء بالقول إنه فسخ ، أم بالقول إنه طلاق عند أكثر أهل العلم ، منهم : الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق .
وحكي عن الزهري ، وسعيد بن المسيب أنهما قالا : الزوج بالخيار بين إمساك العوض ، ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة ، وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق ، فله الرجعة ، لأن الرجعة من حقوق الطلاق ، فلا تسقط بالعوض ، كالولاء مع العتق . انظر (المغني ٧/ ٥٩) وانظر (المجموع ١٥/ ٣٥٦) .

(٢) انظر في ذلك (المغني ٧/ ٥٩) .

(٣) انظر (المغني ٧/ ٥٩) أي أنه يتزوجها بنكاح جديد .

الباب الرابع

في تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين : **أحدهما** : أن النكاح إنْ كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعني في جوازه . وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه لكلامه مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ . **والقول الثاني** : أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب لا للتفرق . فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخاً مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح أو العدة وإنْ كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقاً [1] .

* * *

(١) انظر (الشرح الصغير ٢/ ٣٨٦) لهذه المسائل .

الباب الخامس

في التخيير والتمليك

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يُرى أن له أحكاماً خاصة : التمليك والتخيير ، والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييراً مقيداً مثل أن يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين .

ففى الخِيَارِ المُطْلَقِ عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث . وإنْ اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمُمَلَّكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس . والرواية الثانية أنه يبقى لها التمليك إلى أن تَرُدَّ أو تُطَلِقَ . والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التمليك . وقال الشافعي : اختاري وأمرك بيدك سواء » ، ولا يكون ذلك طلاقًا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثاً فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التمليك ، وهي عنده إن طَلَّقَتْ نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التمليك . وقال أبو حنفية وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة ، وقال الثورى : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل : القول قولها في أعداد الطلاق فى التمليك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القولُ مَرْويٌّ عن علي وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل إنه ليس للمرأة فى التمليك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ، وذلك مرويّ عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما ،

روي أنه جاء ابنَ مسعود رجلٌ فقال : كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذي بيدي من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثاً ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها ، وسألقى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صَنَعَ الله بالرجال وفعل ، يَعْمِدُون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيتَ غير ذلك علمت أنك لم تُصِبْ . وقد قيل ليس التمليك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل .

وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المملَّكة أنّ لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي وجماعة فقهاء الأمصار ، وعند الشافعي أن التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة . وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق [١] وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لماثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه ، قالت عائشة : خيَّرنا رسول الله ﷺ

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ١/ ٤٨٦) .

أما مذهب الإمامين : الشافعي ، وأحمد : فإن قالت المُمَلَّكَةُ ، والمخيَّرة : اخترت نفسي ، فهي واحدة رجعية ، وروي ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، ومجاهد .

وروي عن علي أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، لأن تمليكه إياها أَمْرَها يقتضي زوال سلطانه عنها ، وإذا قبلت ذلك بالاختيار ، وجب أن يزول عنها ، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة . وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث ، وبه قال الحسن ، والليث . انظر (المغني ٧/ ١٤٣) وانظر (المحلى ١/ ٢٧٠) وما بعدها .

هذا إذا لم تنو أكثر من واحدة ، فإن نوت أكثر من واحدة ، وقع ما نَوَتْ .

فاخترناه »(١) فلم يكن طلاقاً ، لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق .

وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد فى الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من مَلَّكَ إنساناً أمراً من الأمور إن شاء أن يفعله أو لا يفعله فإنه قد خيره .

وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاريني أو اختاري نفسك أنه ظاهر بعُرْف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البينونة . وإنما رأى مالك أنه لا يُقبل قول الزوج في التمليك أنه لم يُرِدْ به طلاقاً إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها . وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصّاً اعتبر فيه النية .

---

(١) الحديث رواه الستة عن مسروق عن عائشة ، قالت : « خيرنا رسول الله ﷺ ، فاخترناه ، فلم يعدُّوه علينا شيئاً » وفي لفظ للبخاري ، ومسلم « فلم يعدَّ ذلك طلاقاً » . انظر (نصب الراية ٣/ ٢٣٠) .

وعند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، إذا قال : أمرك بيدك ، أو اختاري نفسك كناية في حق الزوج ، فهو يحتاج إلى نية ، أو دلالة حال ، كما في سائر الكنايات ، فإن عدم ، لم يقع به طلاق ، لأنه ليس بصريح .

وقال مالك : لا يفتقر إلى نية ، لأنه من الكنايات الظاهرة .

وأكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ، فإن اختارت في وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده ، روي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، و مجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والثوري والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد . وقال الزهري ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك ـ في إحدى الروايتين ـ : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس ، وبعده ما لم يفسخ ، أو يطأ .

وليس لها أن تختار أكثر من واحدة ، إلا أن يجعل لها أكثر من ذلك فهي تطليقة رجعية واحدة . وهذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر ، وعائشة ، وروي ذلك عن جابر ، وعبد الله بن عمرو . وقال أبو حنيفة : هي واحدة بائن ، وهو قول ابن شبرمة . وقال مالك : هي ثلاث في المدخول بها . انظر (المغني ٧/١٤٣ ، ١٤٧) .

فسبب الخلاف هل يُغَلَّبُ ظاهر اللفظ أو دعوى النية . وكذلك فعل في التخيير ، وإنما اتفقوا على أن له مناكرتها في العدد : أعني في لفظ التمليك ، لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلاً عن ظاهره . وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلَّقت نفسها بتمليكه إياها طلقةً واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق إنما يحمل على العُرْف الشرعي وهو طلاق السنة . وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التمليك ثلاثاً وأنه ليس للزوج مناكرتها في ذلك ، فلأن معنى التمليك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق .

وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، واحتياطاً للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم .

وروي عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل في هذه المسألة الخلاف في ثلاثة مواضع : **أحدها** : أنه لا يقع بواحد منهما طلاق . **والثاني** : أنه تقع بينهما فرقة . **والثالث** : الفرق بين التخيير والتمليك فيما تُمَلَّكُ به المرأة ، أعني أن تُمَلَّكَ بالتخيير البينونة ، وبالتمليك ما دون البينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة ، وقيل تملك الثلاث ، وإذا قلنا إنها تُمَلَّكُ واحدةً فقيل رجعية ، وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة أو كناية أو محتملة ، وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

الجملة الثانية

وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : في ألفـاظ الطلاق وشروطـه . الباب الثاني : في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز . الباب الثالث : في تفصيل ما يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

* * *

الباب الأول
في ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان :

الفصل الأول : في أنواع ألفاظ الطلاق المطْلقة .

الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيَّدة .

الفصل الأول
في أنواع ألفاظ الطلاق المُطْلَقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعاً لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط . واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحمولة ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق والسراح، وهي المذكورة في القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه [1] .

---

(١) أولاً : إن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه دون أن يتلفظ به لم يقع الطلاق في قول =

وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلاً في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعني أن تدل بعُرْف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق ، أو هي باقية على دلالتها اللغوية ، فإذا استعملت في هذا المعنى : أعني في معنى الطلاق كانت مجازاً إذ هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها .

= عامة أهل العلم ، منهم عطاء ، وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ، ويحيى بن أبي كثير ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد ، وروي عن القاسم ، والحسن ، والشعبي .

وقال الزهري : إذا عزم على ذلك ، طلقت ، وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله .

ودليل الجمهور قول النبي ﷺ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها مالم تتكلم به ، أو تعمل » رواه النسائي ، والترمذي ، وقال : هذا حديث صحيح ، ولأنه تصرف يزيل الملك ، فلم يحصل بالنية كالبيع ، والهبة .

إذا عَلِمَ هذا ، فإن مذهب الشافعي في الجديد وأحمد : أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وماتصرف منهن ، وهي رواية عن مالك ، وبه قال ابن حزم .

وقال أبو حنيفة ، ومالك في الرواية الأخرى إن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير ، وذهب إلى ذلك من الحنابلة أبو عبد الله بن حامد ، وروي عنه أن ذلك يحتاج إلى نية ، وروي عنه أنه لا يحتاج إلى نية .

وحجتهم أن لفظ الفراق ، والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته .

وحجة أصحاب القول الأول : أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب ، بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكانا صريحَيْن فيه كلفظ الطلاق . قال تعالى : ﴿ **فإمساكٌ بمعروف ، أو تسْريحٌ بإحسان** ﴾ وقال : ﴿**فتعالَيْنَ أُمتّعكُنّ وأُسرّحكُنّ سَراحاً جَميلاً** ﴾ وقال : ﴿ **وإن يَتَفرّقا يُغْنِ اللهُ كُلاً من سَعَتِهِ** ﴾ . انظر (المغني ٧/ ١٣١) وانظر (المجموع ١٥/ ٤١٦) وانظر (فتح الباري ٩/ ٣٠٣) وانظر (الكافي ١/ ٤٧٥) لمذهب مالك .

فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففية مسألتان مشهورتان : **إحداهما** : اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها . **والثانية** : اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكاً والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق إنه لم يرد به طلاقاً إذا قال لزوجته أنت طالق . وكذلك السراح والفراق عند الشافعي . واستثنت المالكية بأن قالت : إلا أن تقترن بالحالة أو المرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وَثاقٍ هي فيه وشبهه ، فيقول لها أنت طالق . وفقه المسألة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق عندهم لا يحتاج إلى نية ، وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع ، وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنفية . فيجب على رأي من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادّعى [١] .

* * *

وأما المسألة الثانية : فهي : اختلفوا فيمن قال لزوجته أنت طالق ، وادّعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما ثنتين وإما ثلاثاً ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي إلا أن يُقَيِّدَ فيقول طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ، وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثاً بلفظ الطلاق

---

(١) ذكر القرطبي ، وابن قدامة : أنه لا خلاف بين العلماء أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية ، بل يقع من غير قصد ، ولأن ما يعتبر فيه القول يكتفى فيه به من غير نية ، إذا كانت صريحاً فيه كالبيع ، وسواء قصد المزح ، أم الجد لقوله عليه الصلاة والسلام : « ثلاث : جِدُّهُنَّ جِدّ وهَزْلُهُنَّ جِد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، » رواه أبو داود ، والترمذي وقال حديث حسن .
قال ابن المنذر : أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء ، روي هذا عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وعطاء وعبيدة . وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وهو قول سفيان وأهل العراق . انظر (٧/ ١٣٥) و (القرطبي ١٩٧/٨) وانظر لمذهب مالك (الكافي ١/ ٤٧٤) .

لأن العدد لا يتضمنه لفظ الإفراد ، لا كنايةً ولا تصريحاً [١] .

وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل ؟ فمن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ، ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وإن نواه ، وهذه المسألة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعني اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روي عنه أنه يقع باللفظ دون النية ، وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية [٢] ، فمن

---

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ١/ ٤٧٤) وعن أحمد روايتان :

إحداهما : لا يقع إلا واحدة ، وهو قول الحسن ، وعمرو بن دينار ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، لأن هذا اللفظ ، لا يتضمن عدداً ، ولا بينونة ، فلم تقع به الثلاث ، كما لو قال : أنت طالق واحدة ، وذلك أن قوله : أنت طالق . إخبار عن صفة ، هي عليها ، فلم يتضمن العدد كقوله : قائمة ، وحائض ، وطاهر .

والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثا وقع الثلاث : وهو قول مالك والشافعي ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث ، كان ثلاثاً ، فإذا نوى به الثلاث ، كان ثلاثاً كالكنايات . انظر (المغني ٧/ ٢٣٦) .

ولكن إذا قال عند أبي حنيفة « طلقي نفسك » أو قال لرجل : « طلق امرأتي » ونوى الثلاث ، صح .

وكذلك إذا قرن به المصدر بأن قال : « أنت طالق طلاقاً » وكذا إذا ذكر المصدر وحده بأن قال « أنت الطلاق » ونوى الثلاث : صح بالإجماع . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٥٩) لمذهب أبي حنيفة .

(٢) عند مالك : الطلاق الصريح ، وهو ما فيه لفظ الطلاق ، كقوله طالق أو طالقة ، أو مطلَّقة .. يلزمه الطلاق بهذا كله ، ولا يفتقر إلى نية وإن ادعى أنه لم يرد الطلاق ، إلا إذا اقترنت به قرينة ، تدل على صدق دعواه ، كأن تسأله أن يطلقها من وثاق ، فيقول : أنت طالق .

أما الكناية الظاهرة التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كالتسريح ، والفراق ، وبائن ، وبتة . فحكم هذا حكم الصريح ، لا تحتاج إلى نية .

أما الكناية المحتملة كقوله : الحقي بأهلك ، واذهبي ، وابعدي عني وما شابه ذلك ، فهذا لا يلزمه =

اكتفى بالنية احتج بقوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات »[1] ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حَدَّثَتْ به أنفسها »[2] والنية دون قول حديث نفس . قال : وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل يقع ، وقيل لا يقع ، وهذه المسألة من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح ، فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هي كناية محتملة . ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقاً لم يُقْبل قوله

= الطلاق إلا إن نواه ، وإن قال : إنه لم ينو الطلاق ، قبل منه .

أما ما عدا التصريح ، والكناية من الألفاظ التي لا تّدل على الطلاق ، كقوله اسقيني ماء ، أو ما أشبه ذلك ، فإن أراد به الطلاق ، لزمه على المشهور ، وإن لم يرده ، لم يلزمه . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٤٠) وما بعدها لابن جزي ، وقد تقدم الكلام عليها نقلاً عن القرطبي ، وابن قدامة . إذن قول المؤلف « فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية » ليس على إطلاقه . إذ ليس كل طلاق عنده يشترط فيه النية كما بينا . وكذلك مذهب أبي حنيفة ، فإن ما كان صريحاً كلفظ الطلاق ، وما اشتق منه ، فإنه لا يحتاج إلى نية قولاً واحداً ، وأما الألفاظ الثلاثة التي تسمى كناية « كاعْتَدّي » و(استبري رَحِمَكِ) و« أنت واحدة » ، فتحتاج إلى نية . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٥٩) .

إذن شرط النية عند أبي حنيفة ، ليس على إطلاقه ، كما أوضحنا ، فتأمل ذلك . وأما مذهب الشافعي ، وأحمد ، فإن صريح الطلاق ، لا يحتاج إلى نية كذلك . فإن طلق وقع ، سواء ادعى أنه طلق ، أم لم يدع أنه طلق ، والصريح كما ذكرنا عندهما ، الطلاق ، والسراح ، والفراق ، وما اشتق منهن .

أما غير الصريح ، فلا يقع به الطلاق إلا بنية ، أو دلالة حال عند أحمد . وهو مذهب الشافعي . انظر (المغني ١٣٤/٧) وما بعدها ، وانظر (المهذب مع المجموع ٤١٩/١٥) . وقد تقدم مثل ذلك قبل قليل .

(١) تقدم تخريج الحديث . (٢) تقدم تخريج الحديث .

إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح ، كذلك لا يقبل عنده ما يدّعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع .

وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هي مثل قولهم : حَبْلُكِ على غاربك ، ومثل البتة ، ومثل قولهم : أنت خَلِيّة وبَرِية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نواه ، فإن كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وإنْ كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة ، ويصدق في ذلك . وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي ، إلا أنه على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يُصَدَّقْ ، وذلك إذا كان عنده في مذاكراته الطلاق . وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أربع : حبلك على غاربك ، واعتدّى ، واستَبْرئي . وَتَقَنّعِي ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة . وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة . وخالفه جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء [1] وإن نوى طلاقاً فيحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة

---

(١) الشافعي لم يفرق بين الكنايات الظاهرة ، وغير الظاهرة ، فهي عنده : كل كلمة تدل على الطلاق ، وغيره ، وهي الألفاظ التي تشبه الطلاق ، وتدل على الفراق مثل « أنت بائن ، وخلية ، وبرية ، وبتة ، وبتلة ، وحرة ، وواحدة ، وبيني ، وابعدي ، واغربي ، واذهبي ، واستفحلي ، والحقي بأهلك وحبلك على غاربك ، واستتري ، وتقنعي ، واعتدّى .. » فإن خاطبها بذلك ، ونوى الطلاق ، وقع الطلاق ، وإن لم ينو ، لم يقع ، سواء قال ذلك في حالة الرضا ، أم في حالة الغضب ، وسواء سألته الطلاق ، أم لم تسأله . وهو مذهب أحمد . وقال القاضي من الحنابلة : إذا قال : أنت بائن ، وبتة ، وبتلة ، وحرام ، فإن ظاهر كلام أحمد ، والخرقي أن الطلاق يقع بغير نية ، لأنها كنايات ظاهرة ، ففرق بين الظاهرة ، وغيرها كالك . انظر (المجموع ١٥/ ٤١٨) و (المغني ٧/ ١٣٨) .

أقوال : قول أن يُصَدَّقَ بإطلاق . وهو قول الشافعي ، وقول إنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك ، وقول إنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبي حنيفة [١] .

وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ، وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقاً ، لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالباً . والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وإنما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لا تقع إلا

(١) أما مذهب أبي حنيفة : ففيه تفصيل ، فإنه إذا ذكر لفظاً يصلح للطلاق في غير حال مذاكرة الطلاق ، وحال الغضب كيفما كان ، فإذا نوى به الطلاق ، فإنه يقع ، وإن لم يكن نوى ، لا يقع ، لأنه كما يصلح للفرقة ، يصلح لأمر آخر فإن قوله « بائن » محتمل ببينونة الطلاق ، وببينونة الخبر ، وكذلك « اذهبي » و« اغربي » و« الحقي بأهلك » فإنه كما يصلح للطلاق ، فإنه يصلح للإبعاد عن النفس .

وإن كان لفظاً لا يصلح للطلاق ، فإنه لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، لأن الطلاق يقع باللفظ ، لا بالنية كقوله « اسقيني » و« اقعدي » و« أعرضت عن طلاقك » و« صفحت عن فراقك » و« تركت طلاقك » و« خليت سبيلك » ونحو ذلك .

أما في حال ذكر الطلاق ، وحال الغضب ، ففي تسعة ألفاظ من الكنايات يقع الطلاق بلا نية ، وهي : أنت بائن ، أنت عليّ حرام ، وخلية ، وبريئة وبتة ، وأمرك بيدك ، واختاري ، واعتدّى ، واستبري رحمك ، لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح لغيره ، ولكن الحال يدل على الطلاق ظاهراً ، لأنه حال سؤال الطلاق ، وحال الغضب ، والخصومة ، فكان الظاهر أنه قصد الطلاق بذلك ، فرجح جانب الطلاق على غيره .

وأما سائر الألفاظ كقوله « لا سبيل لي عليك » و« فارقتك » و« خليت سبيلك » و« لا ملك لي عليك » و « الحقي بأهلك » ، و « وهبتك لأهلك » و « اغربي » و « اخرجي » و « اذهبي » و « قُومي » و « استتري » و « تزوّجي » فلا يقع إلا بالنية . انظر (تحفة الفقهاء ٢/٢٦٩) .

وانظر لمذهب الشافعي (المجموع ١٥/ ٤٢٦) في كونه لا يقع الطلاق بالألفاظ التي لا تدل على الفراق ، إذا خاطبها به وإن نوى كقوله : قومي ، واقعدي ، وأطعميني ، واسقيني ، وما أحسن

=

خلعاً عنده في المشهور أو ثلاثاً ، وإذا لم تقع خلعاً لأنه ليس هناك عوض فبقي أن يكون ثلاثاً ، وذلك في المدخول بها . ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعي أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله في كنايته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية . ويشبه أن تقول المالكية إن لفظ الطلاق وإنْ كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ، ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر في « حبلك على غاربك » ، وإنما صار الشافعي إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعياً لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائناً لأنه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثاً لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده [١] .

فسبب اختلافهم هل يقدم عُرْفُ اللفظ على النية أو النية على عُرْفِ اللفظ ؟ وإذا غَلَّبْنا عُرْفَ اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية . ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم : أعني من قال لزوجته أنت عليَّ حرام [٢] وذلك أن مالكاً قال :

= وجهك ، وبارك الله فيك ..

(١) انظر (المغني ١٢٨/٧) لابن قدامة في هذه المسائل التي ذكرها المؤلف ، فلا حاجة إلى الإعادة .

(٢) اختلف العلماء فيما إذا قال لزوجته « أنت عليَّ حرام » وقد اختلفوا حتى ذهبوا فيها إلى عشرين مذهباً .

فذهب أبو بكر ، وعمر ، وابن عباس ، وعائشة رضي الله عنهم : إلى أن ذلك يمين ، وتكفر كفارة يمين ، وبه قال الأوزاعي . وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : هي طلقة رجعية ، وبه قال الزهري . وقال عثمان : هو ظهار ، وبه قال أحمد ، فقال : هو ظهار بإطلاقه نواه ، أو لم ينوه ، إن لم يصرفه بالنية إلى الطلاق ، أو اليمين ، فينصرف إلى ما نواه ، وهو ظاهر مذهب =

يحمل في المدخول بها على البت : أي الثلاث وينوى في غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وزيد بن ثابت وعليّ من الصحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثاً فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسألة ، والقول الثاني : أنه إنْ نوى بذلك ثلاثًا فهي ثلاث وإنْ نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإنْ نوى يميناً فهو يمين يُكَفِّرها وإنْ لم ينو به طلاقاً ولا يمينًا فليس بشيء ، هي كَذْبة ، وقال بهذا القول الثوري والقول الثالث : أن يكون أيضاً مانوى بها وإنْ نوى واحدة فواحدة أو ثلاثاً فثلاث ، وإن لم ينو شيئاً فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعيّ .

= أحمد ، وعنه رواية ثانية أنه بإطلاقه يمين إلا أن يصرفه بالنية إلى ظهار ، أو الطلاق ، فينصرف إلى ما نواه . وعنه رواية ثالثة أنه ظهار بكل حال ، ولو نوى غيره ، وفيه رواية رابعة حكاها أبو الحسن في فروعه أنه طلاق بائن ، ولو وصله بقوله ، **فعنه فيه روايتان إحداهما** : أنه طلاق ، فهل تلزمه الثلاث ، أو واحدة ؟ على روايتين ، **والثانية** : أنه ظهار ، كما لو قال : أنت عليّ كظهر أمي .

وقال علي بن أبي طالب ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة : يقع به الطلاق الثلاث ، ذكر هذا العمراني في البيان .

وأما عند الشافعي : فإذا قال لزوجته « أنت عليّ حرام » فإن نوى به الطلاق ، كان طلاقاً ، وإن نوى به الظهار ، كان مظاهراً ، وإن نوى تحريم عينها ، أو تحريم وطئها ، أو فَرْجها بلا طلاق ، وجب كفارة يمين ، وإن لم يكن يميناً ، وإن لم ينو شيئاً ، ففيه قولان **أحدهما** : يجب عليه الكفارة ، كفارة يمين . **والثاني** : لا يجب عليه شيء ، فيكون هذا كناية في إيجاب الكفارة .

وعند مالك أنها طلاق ثلاث في كل من دخل بها ، لا ينوي فيها قائلها . وينوي فيها في غير المدخول بها ، وقد روى عنه جماعة من المدينة : أنه ينوي بها الطلاق ، ويلزمه من الطلاق ما قال في المدخول بها ، وغيرها . قال ابن عبد البر : وهو عندي بالصواب أولى .

وعند أبي حنيفة أنه إذا قال ذلك في حال ذكر الطلاق ، أو حال الغضب ، فإنه يقع طلاقاً بلا نية ، وإذا كان في غير حال مذاكرة الطلاق ، وحال الغضب ، فإنه إذا نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وإن لم ينو ، لم يكن طلاقاً . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٧٠) لمذهب أبي حنيفة و (المغني ١٧٦/٧) و (المجموع ٤٣١/١٥) و (الكافي ٤٧٤/١) و (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٤١) لمذهب مالك .

والقول الرابع : أن ينوي فيها في الموضعين في إرادة الطلاق وفي عدده ، فما نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة كان رجعياً ، وإنْ أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي .

القول الخامس : أنه ينوي أيضا في الطلاق وفي العدد ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقاً كان يميناً وهو مولٍ ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس : أنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلّظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ، خرجه البخاري ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ **ياأيُّها النَّبيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللهُ لَكَ** ﴾ [1] الآية . والقول السابع : أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى : ﴿ **لاتُحَرِّمُوا طَيِّباتِ ما أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ** ﴾ [2] وهو قول مسروق والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم . ومن قال فيها إنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار . وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة ، وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟ أو ليس بيمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

* * *

---

(١) التحريم آية ١ .

(٢) المائدة آية ٨٧ .

الفصل الثاني

في ألفاظ الطلاق المقيَّدة

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء ، والتقيد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلة أو بخروج شيء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما لا سبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكاً قال : لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولابد . وقال أبو حنيفة والشافعي إذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق [١] .

---

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ١/ ٤٧٩) و (المدونة ٢/ ١٢٢) وعند أبي حنيفة إذا قال لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » ففيه تفصيل : فإن كان موصولاً ، فلا يقع ، سواء قدم الاستثناء على لفظ الطلاق ، أم أخره ، لأن قوله « إن شاء الله » تعليق الطلاق بمشيئة الله ، وإنها تعرف .
فإذا كان هناك فاصل ، فإما أن يكون بسكوت ، أو بكلام آخر ، فإذا انقطع الكلام بالنفس ، فلا عبرة به ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ولو حرك لسانه بالاستثناء ، وأتى بحروفه على الوجه ، لكنه لم يسمع يكون استثناء .
ولو قدم الاستثناء ، فقال : « إن شاء الله فأنت طالق » صح استثناؤه بالإجماع .
فأما إذا قال « إن شاء الله أنت طالق » فإنه يصح على قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وعند محمد لا يصح .
وإن قال : « أنت طالق إن شاء فلان » فهو معلق بمشيئته فإن شاء في مجلس العلم ، يقع . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٩٠) أما مذهب أحمد ، فإن قال : أنت طالق إن شاء الله ، طلقت ، وكذلك إذا قال : عبدي حر ، إن شاء الله تعالى ، عتق . نص عليه أحمد .
وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، والزهري ، ومالك ، والليث ، =

وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلة أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ، فمن قال لا يتعلق به قال : لايؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ، ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه ، وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويُتَوَصَّلُ إلى علمها فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته [١] .

وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف في المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى [٢] فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال : يقع هذا

= والأوزاعي ، وأبو عبيد .

وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع ، وكذلك العتاق ، وهو قول طاوس والحكم ، والشافعي ، لأنه علَّقه على مشيئة لم يعلم وجودها ، فلم يقع ، كما لو علقه على مشيئة زيد . وقد قال عليه الصلاة والسلام : « من حلف علي يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » رواه الترمذي ، وقال حديث حسن . وحجة القول الأول ما روى أبو حمزة قال سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله ، فهي طالق » رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي بردة نحوه . انظر (المغني ٧/ ٢١٦) وإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، طلقت عند أحمد ، ووافقه أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب . (المصدر السابق) وانظر (المجموع ١٥/ ٤٦٥) وتستوي هذه الألفاظ : أنت طالق إن شاء الله ، أو إذا شاء الله ، أو متى شاء الله ، أو بمشيئة الله ، فكل ذلك لا يقع في مذهب الشافعي .

(١) إن علق الطلاق بمشيئة آدمي ، لم تطلق عند مالك ، حتى يعلم أنه شاء فإن لم تعلم مشيئته ، لم تطلق . انظر (الكافي ١/ ٤٧٩) لمذهب مالك . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، والزهري ، وقتادة . انظر (المغني ٧/٢١٢) .

(٢) انظر (الكافي ١/ ٤٧٩) ومن ذلك قوله : « أنت طالق إن شاء هذا الحجر ، أو الحائط ، أو فلان ، وقد مات ، فقيل : لم تطلق ، وقيل : تطلق . قال ابن عبد البر : والأول أصح . انظر (المصدر السابق) وعند أحمد إن علق الطلاق على مستحيل ، فقال : أنت طالق إن قتلت الميت ، أو شربت الماء الذي في الكوز ، وليس به ماء ، أو إن طرت أو صعدت السماء ، أو قلبت الحجر ذهباً .. ففيه وجهان : **أحدهما** : يقع الطلاق في الحال ، لأنه أردف الطلاق بما =

الطلاق ، ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا .

وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب : **أحدها** : ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف .

وأما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غداً ، فهذا يقع ناجزاً عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط [1] ، فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ، ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وَطْئاً مستباحاً إلى أجل قال : يقع الطلاق ، الثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ، ففي ذلك روايتان عن مالك : **إحداهما** : وقوع الطلاق ناجزاً ، **والثانية** : وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولابد ، والخلاف فيه قوي .

= يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال ، وفي الثاني : فلم يصح كاستثناء الكل **والثاني** : لا يقع ، لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد . انظر (المغني ٧/ ٢١٨) .

(١) إذا قال لامرأته أنت طالق ، إذا طلعت الشمس غداً ، فإنه يقع ناجزاً عند مالك ، ومثله : إذا دخل الشهر ، أو مات فلان ، انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٤٣) أما عند الشافعي ، فإنه لا يقع قبل طلوع الشمس ، فإذا طلعت ، وقع الطلاق ، ومثله إذا كان الشرط قد لا يوجد ، وقد يوجد كقوله : إذا قدم القطار من الإسكندرية ، فأنت طالق ، وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد والثوري ، وإسحق .

وبقول مالك قال الزهري ، والحسن البصري . انظر (المجموع ١٥/ ٤٦٨) وقد فصل ابن جزي لمذهب مالك في تعليق الطلاق كالآتي :

الأول : أن يعلّق بأمر يمكن أن يكون ، ويمكن ألا يكون كقوله : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، أو كلمت زيداً ، أو قدم فلان من سفره . فهذا إن وقع الشرط ، وقع الطلاق ، وإن لم =

وأمـا تعليق الطلاق بـالشرط المجهول الوجود فـإن كان لا سبيـل إلى علمـه مثل أن يقول : إن كان خَلَقَ الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفـة كـذا فـأنت طالق . فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع بـه هـذا ، وأمـا إن علقـه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن وَلَـدْتِ أنثى فـأنت طالق فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بـالطلاق أنهـا تلـد أنثى ، فـإن الطلاق في الحين يقع عنـده وإنْ ولـدت أنثى ،

= يقع الشرط ، لم يقع الطلاق اتفاقاً بين الأئمة .

الثاني : أن يعلّقه بأجل يبلغه العمر عادةً ، أو بأمر لابد منه أن يقع كقوله إن دخل الشهر ، أو مات فلان ، فأنت طالق ، ومثله إذا طلعت الشمس ، فإنه يقع ناجزاً .

الثالث : أن يعلقـه بـأمر يغلب وقوعـه ، ويمكن ألا يقع كقولـه أنت طـالق إن حضت ، ففيـه قولان : قيل يعجل عليه الطلاق ، وقيل : يؤخر إلى حصول شرطه . وهو مذهب أبي حنيفـة ، والشافعي .

الرابع : أن يعلقه بشرط يجهل وقوعه ، فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال كقولـه : إن خلق الله في بحر القلزم حوتاً على صفـة كـذا ، وإن كان يوصل إلى علمـه : كقولـه : إن ولـدت أنثى توقف الطلاق على وجوده .

الخامس : أن يعلقه بمشيئـة الله تعـالى مثل أن يقول : أنت طـالق إن شـاء الله ، فيقع الطلاق ، ولا ينفع هذا الاستثناء خلافاً للشافعي وأبي حنيفة ، وقد مر ذلك .

السـادس : أن يعلق الطلاق بمشيئـة إنسـان مثل قولـه : إن شـاء فـلان ، فيتـوقف الطـلاق على مشيئته ، فإن علق بمشيئة من لا مشيئة لـه كالبهـائم ، والجمادات ، والمجـانين ، والصبيـان ، فيقع الطلاق في الحين ، لأنه يعتبر هازلاً .

السابع : تعليقه بشرط الزواج ، فإنـه يلزم إذا خص بعض النسـاء كقولـه : إن تزوجت فلانـة ، فهي طالق ، وإذا عم ، فـإنه لا يلزم كقولـه : إن تزوجت كل امرأة ، فهي طـالق فهذا لا يلزمه عند مـالـك ، وقـال الشـافعي ، وأحمـد : لا يلزمـه طلاق سواء عم ، أم خص . انظر (قوانين الأحكام الشرعيـة) و (المدونـة ٢/ ١٢٢) وقـال أبـو حنيفـة : يلـزمـه ، عم ، أو خص . انظر (قوانين الأحكام الشرعية) والفرق بين مـذهب مـالـك في قولـه : « إذا طلعت الشمس ، فـأنت طالق » وبين المذاهب الأخرى ، أنه في مذهب مالك بمجرد نطقـه بـذلـك يحرم عليـه جمـاعهـا ، وإذا مات ، أو ماتت ، فإنها لا يتوارثان . أما عند المذاهب الأخرى ، فإنه يجوز له الجمـاع حتى تطلع الشمس ، وكذلك هي ترثه إذا مات قبل طلوع الشمس ، وكـذلـك هو يرثهـا ، إذا مـاتت قبله . والله أعلم .

وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده . ومن قول مالك إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلاً من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل ، وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجَل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بِرٍّ حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت .

ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة ، أو تبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسألة تبعيض المطلقة ، فإن مالكاً قال إذا قال يدك أو رِجْلك أو شَعْرك طالق طلقت عليه ، وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا بذكر عضو يُعَبَّرُ به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفَرْجِ ، وكذلك تطلق عنده إذا طلَّق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ، وقال داود : لا تطلق ، كذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة طلقت ، لأن هذا كله عنده لا يَتَبَعَّض ، وعند المخالف إذا تبعض لم يقع [1] وأما إذا قال لغير

---

(١) إذا طلق جزءاً منها ، سواء كان جزءاً شائعاً ، كنصفها ، أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً ، كيدها ، أو رأسها ، أو إصبعها ، طلقت عند أحمد ، والشافعي ، وبه قال الحسن ، وأبو ثور وابن القاسم صاحب مالك .

وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع ، أو واحد من الأعضاء الخمسة : الرأس ، الوجه ، الرقبة ، الظهر ، الفَرْج ، طلقت ، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة ، لم تطلق ، لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه ، أو جزء لا يعبر به عن الجملة كالسن والظفر . انظر (المغني ٧/ ٢٤٢) وانظر (المجموع ١٥/ ٤١٢) .

أما إذا قال : طلقتك نصف تطليقة ، فمذهب مالك أنها تطلق تطليقة تامة تلزمه . انظر (المدونة ٢/ ١٢١) وهو قول عامة أهل العلم إلا داود ، قال : لا تطلق .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك ، منهم الشعبي ، =

المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً ، فإنه يكون ثلاثاً عند مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة [١] فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعني بقوله طلقتك ثلاثاً قال : يقع الطلاق ثلاثاً ، ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال : لا يقع عليها الثاني والثالث . ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي [٢] .

وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فإنما يُتَصَوَّرُ في العدد فقط ، فإذا طلق أعداداً من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثني ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، واثنتين إلا اثنتين ، وإما أن يستثني ما هو أقل ، فإما أن يستثني ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثني ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر ، فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وأما إن استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : **أحدهما** : أن

= والحارث العكلي ، والزهري ، وقتادة ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو عبيد . قال أبو عبيد : هو قول مالك ، وأهل الحجاز ، والثوري ، وأهل العراق ، لأن ذِكْر بعض ما لا يتبعض ذكر لجميعه ، كما لو قال : نصفك طالقة . انظر (المغني ٧/ ٢٤٣) .

(١) إذا قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، لزمه الثلاث عند مالك ، وبه قال أحمد ، والأوزاعي ، والليث ، وربيعة ، وابن أبي ليلى ، وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه .

وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد وأبو ثور ، لا يقع إلا واحدة فإن نوى بالأولى الثلاث ، وقع ثلاثاً . انظر (المجموع ١٥/ ٤٤٧) و (المغني ٧/٢٣٣) ومثله لو قال : (أنت طالق ، وطالق ، وطالق) .

(٢) ما ذكره المؤلف في هذه المسئلة ليس على إطلاقه ، فإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية ، وقعت بها طلقتان بلا خلاف . أما إذا نوى إفهامها أن الأولى قد وقعت بها ، أو قصد التأكيد ، لم تطلق إلا واحدة ، وإن لم تكن له نية ، وقع طلقتان ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، وأحمد ، وهو الصحيح من قولي الشافعي ، وقال في الآخر : تطلق واحدة . انظر (المغني ٧/ ٢٣٠) .

الاستثنــاء لا يصح وهـو مبني على مَنْ مَنَـعَ أن يستثني الأكثر من الأقـل . **والآخر** : أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالـك . وأمـا إذا استثنى ذلـك العـدد بعينـه مثل أن يقول . أنت طـالق ثلاثـاً إلا ثـلاثـاً ، فـإن مـالكاً قـال : يقـع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأمـا إذا لم يقل بـالتهمـة وكان قصـده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه . كما لو قال أنت طالق لا طـالق معاً . فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل [١] .

وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفـة لم تقع بعـد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطـلاق لا يقـع في وقت وقـوعـه إلا بـإيقـاع من يطلـق في ذلـك الوقت ولا دليل من كتـاب ولا سنـة ولا إجمـاع على وقوع طـلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقـاعـه فيـه ، فـإن قلنـا بـاللزوم لزم أن

---

(١) قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنـذر : أجمع كل من نحفـظ عنـه من أهل العلم على أن الرجل ، إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إلا واحـدة ، أنهـا تطلق طلقتين ، منهم ، الثوري ، والشـافعي ، وأبو حنيفة .

وحكى عن أبي بكر أن الاستثنـاء لا يؤثر في عـدد الطلقـات ، ويجوز في المطلقـات ، فلو قـال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة . وقع الثلاث ، ولو قال : نسـائي طوالق إلا فلانـة ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه ، والاستثناء يرفعه ، لو صح .

ولا يصح استثناء الأكثر عند أحمد . نص عليه أحمـد . فلو قـال : أنت طـالق ثلاثـاً إلا اثنتين ، وقع ثلاث ، والأكثرون أن ذلك جائز .

وإن قـال : أنت طـالق ثلاثـاً ، إلا ثـلاثـاً وقـع ثلاثـاً بغير خلاف ، لأن الاستثنـاء لرفـع بعض المستثنى منه ، فلا يصح أن يرفع جميعه ، وإن قال : أنت طـالق خمسـاً إلا ثلاثـاً ، وقع ثلاثـاً ، لأن الاستثناء ، إن عاد إلى الخمس فقـد استثنى الأكثر ، وإن عـاد إلى الثلاث التي يملكهـا ، فقـد رفـع جميعهـا وكـلاهمـا لا يصـح . انظر (المغني ١٠٦/٧) و (المجمـوع ٤٥٩/١٥) وانظر (الكافي ١/ ٤٧٩) لمذهب مالك . وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٩١) لمذهب أبي حنيفة فيما ذكرنا .

ولو قال عند أبي حنيفة . أنت طالق عشرة إلا تسعاً ، تقع واحـدة ، وإن قـال : إلا ثمـانيـة تقع ثنتين ، وإن قـال : إلا سبعاً تقع ثلاثاً ، وكـذا لو نقص عن السبع يكـون ثـلاثـاً ، لأنـه تكلم بالباقي ، كأنه قال « أنت طالق واحدة » فيقع واحدة ، أو قال « أنت طالق ستًّا » فيقع ثلاثاً .

يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع . هذا قياس قوله عندي وحجته . وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك [١] .

* * *

(١) انظر (المحلى ١١/ ٥٢٩) وما بعدها .

الباب الثاني

في المُطَلِّقِ الجائزِ الطلاق

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره ، واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إنْ صح واختلفوا هل ترثه إنْ مات أم لا [١] ؟ فأما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لا ينوي شيئاً ، فإنْ نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه :هو واقع . وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتْق [٢] .

---

(١) قال ابن عبد البر : كل مريض مثبت المرض طلق امرأته في مرضه ، ثم مات من ذلك المرض ، ورثته امرأته عند مالك وجمهور أهل المدينة ، وعليه أكثر أهل العلم اتباعاً لعثمان في توريث امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما . انظر (الكافي ١/ ٤٨٣) وسواء عند مالك طلقها واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاثاً ، وسواء مات في العدة ، أو بعد انقضاء العدة .

(٢) طلاق المكره لا يقع ، روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن عمر ، وابن عباس وابن الزبير ، وجابر ابن سَمُرَةَ . وبه قال الشافعي ، وأحمد ، ومالك ، وعبد الله بن عبيد بن عمير ، وعكرمة ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وشريح وعطاء ، وطاوس ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن عون ، وأيوب السختيانى والأوزاعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو عبيد .
وأجازه أبو قلابة ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه ، فينفذ كطلاق غير المكره .
واحتج أصحاب القول الأول بقوله ﷺ « إن الله وضع عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه . وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود ، والأثرم . قال أبو عبيد والقتيبي : معناه في إكراه . انظر (المغني ٧/ ١١٨) و (المجموع ١٥/ ٣٨٨) وانظر (تحفة الفقهاء ١/ ٢٩٣) لمذهب أبي حنيفة . وانظر (الكافي ١/ ٤٧١) لمذهب مالك .

وسبب الخلاف هل الْمُطَلِّقُ من قِبَلِ الإكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يُكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلاً ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكْرِهوا عليه » (١) ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان مُوقِعاً للَّفظ باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى : ﴿ **إلا مَنْ أُكْرِهَ وقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمان** ﴾ (٢) وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله .

وأما طلاق الصبي ، فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ، وقال في « مختصر ما ليس في المختصر » : إنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ، وقال عطاء : إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (٣) .

وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ، وقال قوم : لا يقع ، منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة (٤) . والسبب في اختلافهم هل

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) النحل آية ١٠٦ .

(٣) الصبي الذي لا يعقل لا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ، ويعلم أن زوجته تبين منه ، وتحرم عليه ، فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، وهو اختيار أبي بكر ، والخرقي ، وابن حامد من الحنابلة وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبي وإسحق .

وروى أبو طالب عن أحمد أنه لا يجوز طلاقه حتى يحتلم ، وهو قول الشافعي والزهري ، ومالك ، وحماد ، والثوري ، وأبي عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق ، وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس انظر (المغني ١١٦/٧) و (المجموع ٣٨٤/١٥) وانظر (الكافي ٤٧١/١) لمذهب مالك .

(٤) طلاق السكران يقع عند مالك ، والشافعي في أحد قوليه ، وأبي حنيفة ، ورواية عن أحمد =

حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقداً للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لا يقع ، ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكرانَ الطلاقَ ، وذلك من باب التغليظ عليه ، واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه ، فقال مالك : يلزمه الطلاق والعِتْقُ والقَوَدُ من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء ، وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عِتْق ولا نكاح ولا بيع ولا حَدّ في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيُحَدُّ في الشرب والقتل والزنا والسرقة ، وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران ، وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة . وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس نصًّا في إلزام السكران الطلاق لأن

= اختارها من أصحابه ابو بكر الخلال ، والقاضي ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، وميمون بن مهران ، والحكم ، والثوري ، والأوزاعي ، وابن شُبْرُمة ، وصاحبي أبي حنيفة . وسليمان بن حرب ، ومثل هذا عن علي ، ومعاوية ، وابن عباس . لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه » . وقال قوم لا يقع طلاقه ، وهي الرواية الثانية عن أحمد ، واختارها من أصحابه أبو بكر عبد العزيز ، وهو قول عثمان رضي الله عنه ، ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم ، وطاوس ، وربيعة ، ويحي الأنصاري ، والليث ، والعنبري ، وإسحق ، وأبي ثور ، والمزني ، وداود ، وهو اختيار ابن تيمية ، وابن القيم ، قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ، ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه . وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه ، وهو أصح يعني من حديث علي ، وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ، ولأنه زائل العقل أشبه المجنون .

قال ابن قدامة : والحكم في عتقه ، ونذره ، وبيعه ، وشرائه ، وردته وإقراره ، وقتله ، وقذفه ، وسرقته كالحكم في طلاقه ، لأن المعني في الجميع واحد . انظر (المغني ٧/ ١١٥) وانظر (المجموع ٣٨٤/١٥) وانظر لمذهب مالك (الكافي ٤٧١/١) وانظر (تحفة الفقهاء ٢٩٣/٢) لمذهب أبي حنيفة ، وانظر كتابنا (تقديم طاعة على أخرى أو تركها نظراً للزمان ، والمكان ، والأحوال) و (إعلام الموقعين لابن القيم) وعدم وقوع الطلاق منه هو ما نرجحه . والله أعلم بالصواب .

السكران معتوه ما ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقه ليس يلزم ، وعن الشافعي القولان في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع .

وأما المريض الذي يُطَلِّقُ طلاقاً بائناً ويموت من مرضه ، فإن مالكاً وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يُوَرِّثُها ، والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وقال قوم : لها الميراث مالم تتزوج ، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلي ، وقال قوم : بل ترث كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث [1] . وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد

---

(١) إذا طلق زوجته في مرضه ، فمات ، فإنها ترثه عند أحمد ، ومالك ، وأبي حنيفة . يروى ذلك عن عمر ، وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال عروة وشريح والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأهل العراق ، وابن أبي ليلى ، وهي ترثه ، وهو قول الشافعي في القديم .
وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير أنها لا ترثه ، وروى ذلك عن علي ، وعبد الرحمن بن عوف ، وهو قول الشافعي في الجديد ، لأنها بائن ، فلا ترث ، كالبائن في الصحة .
وحجة أصحاب الأول أن عثمان وَرَّثَ تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، وكان طلقها في مرضه ، فبتها ، واشتهر ذلك في الصحابة ، فلم ينكر ، فكان إجماعاً . انظر (المغني ٦/ ٣٣٠) .
وعند أحمد ترثه في العدة ، وبعدها ما لم تتزوج ، وهو قول البتي ، وحميد وابن أبي ليلى ، وبعض البصريين ، وأصحاب الحسن ، ومالك في أهل المدينة .
وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة في رواية الأثرم ، وهو قول عروة ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، وقول الشافعي في القديم ، لأنها تباح لزوج آخر ، فلا ترثه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . ولو صح من مرضه ذلك ، ثم مات بعده ، لم ترثه في قول الجمهور ، وروي عن النخعي ، والشعبي ، والثوري ، وزفر أنها ترثه ، انظر (المصدر السابق) . وقد تقدم قول ابن عبد البر في هذه المسئلة . انظر (الكافي ١/ ٤٨٣) لمذهب مالك .

الـذرائع أوجب ميراثهـا ، ومن لم يقل بسـد الـذرائع ولحـظ وجوب الطـلاق لم يوجب لها ميراثاً ، وذلـك أن هـذه الطـائفـة تقول : إنْ كان الطلاق قـد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت . وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولابد لخصومهم من أحـد الجوابين ، لأنـه يعسر أن يقـال إنّ في الشرع نـوعـاً من الطـلاق تـوجـد لـه بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، واعسر من ذلك القول بـالفرق بين أن يصح أو لا يصح ، لأن هـذا يكـون طـلاقـاً مـوقـوفَ الحكمِ إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون بـه أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحـابـة ، ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور .

وأمـا من رأى أنهـا ترث في العـدة ، فـلأن العـدة عنـده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنـه شبههـا بـالمطلقـة الرجعيـة ، وروي هـذا القول عن عمر وعن عائشـة . وأمـا من اشترط في توريثها مـا لم تتزوج فـإنـه لحـظ في ذلـك إجمـاع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ، ولكن التهمـة هي العلـة عنـد الـذين أوجبوا الميراث . واختلفـوا إذا طلبت هي الطـلاق أو ملكهـا أمرَهـا الـزوجُ فطلقت نفسهـا ، فقـال أبـو حنيفـة : لا ترث أصـلاً ، وفرق الأوزاعي بين التمليك والطلاق فقال : ليس لهـا الميراث في التمليك ، ولها في الطلاق . وَسَوَّى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : إنْ ماتت لا يرثهـا ، وترثـه هي إنْ مـات ، وهذا مخالف للأصول جدا [1] .

* * *

(١) إن سألته الطلاق في مرضه ، أو خالعها ، أو علق الطلاق على مشيئتها ، فشـاءت ، أو خيرهـا ، فاختارت نفسها ، فإنها ترثه عند مالك وهي رواية عن أحمد .

والروايـة الثـانيـة : أنهـا لا ترثـه ، وهو قول أبي حنيفـة ، والشـافعي ، قـال ابن قـدامـة : وهو الصحيح . انظر (المغني ٦/ ٣٣٤) و (الكافي ١/ ٤٨٤) لمذهب مالك .

الباب الثالث

فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضي عِدَدُهن في الطلاق الرجعي ، وأنه لا يقع على الأجنبيات : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط للتزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق [1] فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول إن الطلاق لا يتعلق

---

(١) تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج ، لا يقع عند أكثر أهل العلم منهم : علي بن أبي طالب ، فقد روي عنه أنه قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، وإن سماها ، فليس بطلاق » وهو قول ابن عباس ، فقد روي عنه « لا طلاق إلا من بعد نكاح » وهو قول جابر بن عبد الله ، وبه قال طاوس ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد وسعيد بن جبير ، وعروة بن الزبير ، وقتادة ، والحسن ، ووهب بن منبه ، وعلي بن الحسين ، والقاسم بن عبد الرحمن ، وشريح القاضي .

وروي عن عائشة أم المؤمنين ، وعكرمة ، وهو قول سفيان بن عُيَيْنة ، وعبد الرحمن بن مهدي ، والشافعي ، وأصحابه ، وأحمد ، وأصحابه وإسحق بن راهويه ، وداود ، وأصحابه ، وجمهور أصحاب الحديث . وهو قول ابن حزم .

ومن كره ذلك ولم يفسخه القاسم بن محمد بن أبي بكر ، وهو قول الأوزاعي ، وسفيان الثوري ، وأبي عبيد .

ومن قال : إذا خصص كأن يقول : إذا تزوجت فلانة ، فهي طالق أو إذا تزوجت من القبيلة الفلانية ، فهي طالق ، وقع عنده الطلاق ، وإن عمم لم يقع : كأن يقول : كل امرأة تزوجتها ، فهي طالق ، لم يقع . وروي ذلك عن ابن مسعود ، والنخعي ، وهو قول الشعبي ، وعطاء والحكم بن عتيبة ، وربيعة ، والحسن بن حي ، والليث بن سعد ، ومالك وأصحابه .

والقول الرابع : أنه يلزمه ، وإن عم كأن يقول : كل امرأة أتزوجها ، فهي طالق . روي ذلك عن عمر ، وهو قول الزهري ، وروي عن القاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله بن عمر ، وعمر بن عبد العزيز وبه قال أبو حنيفة ، وعثمان البتي . انظر (المحلى ١١/ ٥٢٩) وما بعدها ، وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٢٩٤) لمذهب أبي حنيفة . وكما ترى ، فإن الحق مع الجمهور ، لأنه كيف يصح له أن يطلق ما لم يكن يملك طلاقها بعد ؟ والله أعلم .

بأجنبية أصلاً عَمّ المطلق أو خَصّ ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبي حنيفة وجماعة ، وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعني مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، وكذلك في وقت كذا ، فإن هؤلاء يُطَلَّقْنَ عند مالك إذا زوجن . وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود المِلْك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ، ومن قال ليس من شرطه إلا وجود المِلْك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عَنَتاً به وحَرَجاً ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ، واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « لا طلاق إلا من بعد نكاح »[1] وفي رواية أخرى « لاطلاق فيما لا يملك

---

(١) حديث « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » قال الحافظ : هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك ، وصححه من حديث جابر ، وقال : أنا متعجب من الشيخين كيف أهملاه ، فقد صح على شرطهما من حديث ابن عمر ، وعائشة ، وعبد الله بن عباس ، ومعاذ بن جبل ، وجابر .

ثم قال الحافظ : أما حديث ابن عمر : فرواه نافع عنه بلفظ « لا طلاق إلا بعد نكاح » وإسناده ثقات ، أخرجه ابن عدي عن ابن صاعد . قال ابن صاعد : غريب ، لا أعرف له علة . قال الحافظ : وقد بَيَّنَ ابن عدي علته .

أما حديث عائشة : فمن رواية الزهري عن عروة عنها . قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه : حديث منكر ، وقد رواه الحاكم من طريق حجاج بن منهال عن هشام الدستوائي عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة مرفوعاً .

وأما حديث ابن عباس ، فمن رواية عطاء بن أبي رباح عنه أخرجه الحاكم من رواية أيوب بن سليمان الجزري عن ربيعة عنه ، وفيه من لا يعرف ، وله طرق أخرى عند الدارقطني من =

ولا عِتْقَ فيما لا يملك » وثبت ذلك عن عليّ ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة ، وروي مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضَعَّفَ قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

* * *

= طريق سليمان بن أبي سليم عن يحيى بن أبي كثير عنه ، وسليمان ضعيف ، وأما حديث معاذ : فمن رواية طاوس عن معاذ ، وهو مرسل ، وله طريق أخرى عند الدارقطني عن سعيد بن المسيب ، عن معاذ وهي منقطعة أيضاً ، وفيها يزيد بن عياض ، وهو متروك .

وأما حديث جابر : فمن رواية محمد بن المنكدر ، وله طرق عنه بينتها في تغليق التعليق . وقد قال الدارقطني : الصحيح : مرسل . ليس فيه جابر ، وأعله ابن معين ، وغيره بشيء آخر . ومن رواية أبي الزبير رواه أبو يعلى الموصلي ، وفي إسناده مبشر بن عبيد ، وهو متروك ، وفي الباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال الترمذي : هو أحسن شيء روي في هذا الباب ، وهو عند أصحاب السنن بلفظ : ليس على رجل طلاق فيما لا يملك - الحديث - ورواه البزار من طريقه بلفظ « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » .

وقال البيهقي في الخلافيات : قال البخاري : أصح شيء فيه ، وأشهره حديث عمرو بن شعيب ، وحديث الزهري عن عروة عن عائشة ، وعن علي ، ومداره على جويبر عن الضحاك ، عن النزال بن سبرة عن علي ، وجويبر متروك . انظر (التلخيص ٣/ ٢١٠) .

الجملة الثالثة

في الرجعة بعد الطلاق . ولما كان الطلاق على ضربين : بـائن ، ورجعي ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطـلاق البـائن غير أحكام الرجعـة بعـد الطـلاق الرجعي وجب أن يكـون في هـذا الجنس بـابـان : **البـاب الأول** : في أحكام الرجعـة في الطلاق الرجعي . **البـاب الثـاني** : في أحكام الارتجـاع في الطـلاق البائن .

* * *

الباب الأول

في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى : ﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ** ﴾ [١] وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له . واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد .

واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعي إلى أنه واجب [٢] .

وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى : ﴿ **وأشْهدوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكم** ﴾ [٣] يقتضي الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد . فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيا تكون به الرجعة ، فإن قوماً قالوا : لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعي ، وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء . وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم :

---

(١) البقرة آية ٢٨٨ .

(٢) انظر إجماع العلماء على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ، ومن غير رضاها . (المغني ٢٧٨/٧) و (المجموع ٢٦/١٦) والرجعة لا تحتاج إلى ولي ، ولا صداق بإجماع أهل العلم . أما الإشهاد عليها ، فقد ذهب الشافعي في أحد قوليه وفي رواية عن أحمد أنها واجبة . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعي في أحد قوليه ، والرواية الثانية عن أحمد أنها لا تجب . انظر (نيل الأوطار ٢٨٤/٦) و (المغني ٢٨٢/٧) و (المجموع ٢٩/١٦) أما ابن عبد البر ، فقد قال لمذهب مالك : إن الإشهاد في الرجعة واجب وجوب سنة . انظر (الكافي ١/ ٥١٤) .

(٣) الطلاق آية ٢ .

لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ، لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك . وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية .

أما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول [١] .

وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياساً على المُولَى منها وعلى المظاهَرة ولأن المِلْكَ لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارثُ بينهما ، وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلابد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما . وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ، وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نَعل [٢] واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها

---

(١) مذهب الشافعي ، وأحمد في إحدى الروايتين عنه أن الرجعة تحصل بالقول والرواية الثانية عن أحمد أنها تحصل بالوطء ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو ، اختارها ابن حامد من أصحابه ، والقاضي ، وهو قول سعيد ابن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري والثوري ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة .

وقال مالك ، وإسحق : تكون رجعة . إذا أراد به الرجعة ، أي إذا نوى . وقال أبو حنيفة : إذا قبلها بشهوة ، أو لمسها ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ؛ وقعت به الرجعة . انظر (المغني ٧/ ٢٨٣) و(المجموع ١٦/ ٢٦) و (فتح الباري ٩/٣٩٩) .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ١/ ٥١٥) وانظر لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع =

الطلاق ولا يبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله في الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه . قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبته في موطئه إلى يوم مات وهو يُقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ ، وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروي عن علي وهو الأبين [٢] .

= ٤/ ١٩٧٣) بل إن عند أبي حنيفة يستحب لها أن تتشوف ، وتتزين ، لأن الزوجية قائمة من كل وجه ، فيستحب لها ذلك ، لعل زوجها يراجعها .

أما عند الظاهرية ، فهي زوجته ، حلال له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها ، وأن يطأها ،إذ لم يأت نص بمنعه من شيء من ذلك . انظر (المحلى ١١/ ٦١٢) .

(٢) انظر قول مالك في (الموطأ ٢/ ٥٧٦) وما رواه عن عمر بن الخطاب . فقد روى ابن وهب عن مالك أنه قال : إن عمر بن الخطاب قال في الذي يطلق امرأته ، وهو غائب ، ثم يراجعها ، ولا يبلغها مراجعته وقد بلغها طلاقه : إنها إن تزوجت ، ولم يدخل بها زوجها الآخر ، أو دخل فلا سبيل إلى زوجها الأول إليها .

وقال مالك : وهذا أحب ما سمعت إلي فيها ، وفي المفقود . انظر (الموطأ) و (المحلى) لابن حزم .

وهو قول الحسن ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد ، ونافع . انظر (المحلى ١١/ ٦١٨) وعن الزهري إذا كانا في بلد واحد .

قال ابن القاسم : ثم رجع مالك عن ذلك ، وقال : زوجها الأول أحق بها ، قال ابن القاسم : أما أنا ، فأرى أنها ، إن دخل بها زوجها ، فلا سبيل له إليها ، فإن لم يدخل بها ، فهي للأول .. (المصدر السابق) .

قال ابن عبد البر : إن كانت زوجته الرجعية ، قد تزوجت ، ولم يدخل بها زوجها ، ثم أقام الأول البينة على رجعتها ، فعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** : أن الأول أحق بها ، **والأخرى** : أن الثاني أحق بها ، فإن كان الثاني قد دخل بها ، فلا سبيل للأول إليها . انظر (الكافي ١/ ٥١٥) لمذهب مالك . وعند أبي حنيفة ، إذا راجعها ، ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها ، =

وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسألة : إن الزوج الذي ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجاً غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل إن هذا الحديث إنما يُرْوى عن ابن شهاب فقط . وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما خرجه الترمذي عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال « أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للأول منهما ، ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما » [1] .

* * *

= وتزوجت بزوج آخر ، ثم جاء زوجها الأول ، فهي امرأته ، سواء دخل بها الثاني أم لم يدخل ، ويفرق بينها وبين الثاني . انظر (بدائع الصنائع ٤/ ١٩٧٥) .

وروي عن عمر أنه قال : فيمن طلق امرأته ، ثم سافر ، وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ، ولا علم لها بذلك حتى تزوجت ، أنه إن أدركها قبل أن يدخل بها ، فهي امرأته ، وإن لم يدركها ، حتى دخل بها الثاني ، فهي امرأة الثاني . حكم بذلك في أبي كنف ، وهو قول الليث ، والأوزاعي ، وعطاء ، وهي رواية عن أحمد وعن علي أنها امرأة الأول ، دخل بها الثاني ، أو لم يدخل ، وهو قول الحكم بن عتيبة .

وبقول علي قال سفيان الثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وداود وأصحابهم . انظر (المحلى ١١/ ٦١٩) وما بعدها . وهو قول أحمد ، وأبي عبيد ، انظر (المغني ٧/ ٢٩٤) وروي معناه عن ابن المسيب ، وابن القاسم ، ونافع . قال ابن قدامة : وأما إن تزوجها ، مع علمها بالرجعة ، أو علم أحدهما ، فالنكاح باطل بغير خلاف ، والوطء محرم على من علم منهما ، وحكمه حكم الزاني في الحد ، وغيره . (المصدر السابق) .

(١) حديث « أي امرأة تزوجها اثنان ، فهي للأول منهما » رواه أحمد ، والترمذي والنسائي عن سمرة =

....

= ابن جندب . قال الترمذي : هذا حديث حسن ، والعمل على هذا عند أهل العلم ، لا نعلم في ذلك خلافاً . قال الحافظ في التلخيص : وصحح هذا الحديث أبو زرعة ، وأبو حاتم ، والحاكم ، وصححه متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة ، فإن رجاله ثقات .

الباب الثاني

في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضًا دون عوض ؟ فيه خلاف . وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ، وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة [1] .

---

(١) انظر اتفاقهم على أن غير المدخول بها يكون طلاقاً بائناً بما دون الثلاث (المغني ٧/ ٥٩) .
أما المختلعة ، فلا يلحقها طلاق بحال ، وبه قال ابن عباس ، وابن الزبير ، وعكرمة ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور .
وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية ، والطلاق المرسل ، وهو أن يقول : كل امرأة لي طالق ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق ، ما دامت في العدة » .
وحجة أصحاب القول الأول قول ابن عباس ، وابن الزبير ، ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما .
ولا يثبت في الخلع رجعة ، سواء قلنا إنه فسخ ، أو طلاق في قول أكثر أهل العلم : منهم الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والنخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق .
وحكي عن الزهري ، وسعيد بن المسيب : أنها قالا : الزوج بالخيار بين إمساك العوض ، ولا رجعة له ، وبين رده ، وله الرجعة . وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق ، فله الرجعة ، لأن الرجعة من حقوق الطلاق ، فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .
فإن شرط الرجعة في الخلع ، فإنه يبطل الشرط ، ويصح الخلع عند أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك وعند الشافعي يبطل الخلع ، وتثبت الرجعة . انظر (المغني ٧/ ٥٩) وما بعدها .
أما إذا خالع زوجته ، وأراد أن يتزوجها ، فله أن يتزوجها ، وهي في عدتها في قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، والحسن . وقتادة ، =

وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير . فَٱعْتُرِضَ عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : « لا تحل لك حتى تذوق العسيلة » [1] .

= ومالك . والشافعي ، وأبو حنيفة .

وشذ بعض المتأخرين ، فقالوا : لا يحل له نكاحها ، ولا خطبتها ، لأنها معتدة .

وحجة أصحاب القول الأول : أن العدة لحفظ نسبه ، وصيانة مائه ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، إذا كانا من نكاح صحيح . انظر (المصدر السابق) .

(١) حديث رفاعة رواه الجماعة إلا أبا داود عن الزهري عن عائشة . وروى الأئمة الستة من حديث عائشة كذلك قالت : « سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثاً ، فتزوجت زوجاً غيره ، فدخل بها ، ثم طلقها قبل أن يواقعها ، أتحل لزوجها الأول ؟ قال : لا ؟ حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول » . انظر نصب الراية .

والذي طلق زوجته في الحديث الأول . هو رفاعة بن سموءل ، وقيل : رفاعة بن رفاعة القرظي ، خال صفية أم المؤمنين ، واسمها : تميمة بنت وهب . وقيل : سهيمة ، وقيل : أميمة . والقرظي : نسبه إلى بني قريظة .

والعسيلة : مصغر . واختلف في توجيهه ، فقيل : هو تصغير العسل ، لأن العسل مؤنث ، جزم بذلك القزار ، قال : وأحسب التذكير لغة . وقال الأزهري : يذكر ، ويؤنث . وقيل : لأن العرب ، إذا حقَّرت شيئاً أدخلت عليه هاء التأنيث ، وقيل : المراد : قطعة من العسل ، والتصغير للتقليل ، إشارة إلى أن القدر القليل كاف في تحصيل ذلك بأن يقع تغييب الحشفة في الفَرْج . وقيل : معنى العسيلة : النطفة ، وهذا يوافقه قول الحسن البصري .

وقال الجمهور ذوق العُسيلة : كناية عن الجماع وهو تغييب الحشفة في فرج المرأة ، وزاد الحسن البصري حصول الإنزال . قال ابن بطال : شذ الحسن في هذا ، وخالف سائر الفقهاء ، وقالوا : يكفي ما يوجب الحد ، ويحصن الشخص ويوجب كمال الصداق ، ويفسد الحج ، والصوم .

قال ابن المنذر : أجمع العلماء على اشتراط الجماع ، لتحل للأول ، إلا سعيد بن المسيب . وقال : لا نعلم أحداً وافقه عليه إلا طائفة من الخوارج ، ولعله ، لم يبلغه الحديث ، فأخذ بظاهر القرآن وروي عن سعيد بن جبير مثل ابن المسيب . وكذلك حكى ابن الجوزي عن داود أنه وافق في ذلك . انظر (فتح الباري ٩/ ٣٨٥) و (نيل الأوطار ٦/ ٢٨٦) .

وشذ سعيد بن المسيب فقال : إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى : ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه﴾ [١] والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصري فقال : لا تحل إلا بوطء إنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين .

وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغاً ، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا : يحل الوطء وإنْ وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذميّ الذمية للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخَصِيّ الذي يبقى له ما يغيبه في فرج [٢] والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله ؟ .

واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل : أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ، فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يُعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يُعتبر عنده إرادة الرجل ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : النكاح جائز ، ولا تؤثر النية في ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثاً ، وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أي ليس يحللها ،

(١) البقرة آية ٢٣٠ .

(٢) انظر (المجموع ٤٢/١٦) وما بعدها لمذهب الشافعي ، ومذهب مالك . واشترط أصحاب أحمد أن يكون الوطء حلالاً ، فإن وطئها في حيض أو نفاس ، أو إحرام من أحدهما ، أو منهما ، أو أحدهما صائم فرضاً ، لم تحل ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى . وخالفهم ابن قدامة ، ومذهب أبي حنيفة ، كمذهب الشافعي في جواز ذلك .

وهو قول ابن أبي ليلى ، وروي عن الثوري [١] واستدل مالك وأصحابه بما روي عن النبي ﷺ من حديث عليّ بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال ﷺ « لَعَنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له » [٢] فَلَعْنُهُ إياه كَلَعْنِه

---

(١) نكاح المحلل باطل ، لأنه حرام في قول عامة أهل العلم ، منهم : الحسن والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثوري ، وابن المبارك ، والشافعي وسواء قال : زوجتكها إلى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها ، فلا نكاح بينهما ، أو أنه ، إذا أحلها للأول ، طلقها .

وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

وقال الشافعي : في الصورتين الأوليَيْن : لا يصح ، وفي الثانية على قولين .

والقول بالبطلان عليه كافة الفقهاء ، منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان وعبد الله بن عمر ، وهو قول الفقهاء من التابعين ، وروي ذلك عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس .

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل . وهو ظاهر قول الصحابة ، وهو قول الحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وقتادة وبكر المزني ، والليث ، ومالك ، والثوري ، وإسحاق ، وأحمد . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : العقد صحيح . انظر (المغني ٦/ ٦٤٧) وانظر (المجموع ١٥/ ١٤٢) وقد تقدمت هذه المسئلة في باب الأنكحة الفاسدة .

(٢) رواه أحمد ، والنسائي ، والترمذي ، وصححه ، والخمسة إلا النسائي عن ابن مسعود ، وصححه ابن القطان ، وابن دقيق العيد على شرط البخاري . وله طريق أخرى أخرجها عبد الرزاق عن معمر عن الأعمش ، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه ابن ماجة ، وفي إسناده زمعة بن صالح ، وهو ضعيف . ورواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجة ، والترمذي من حديث علي ، وفي إسناده مجالد ، وفيه ضعف ، وقد صححه ابن السكن ، وأعله الترمذي ، ورواه أحمد ، وإسحق ، والبيهقي . والبزار ، وابن أبي حاتم في العلل ، والترمذي في العلل من حديث أبي هريرة ، وحسنه البخاري ، ورواه ابن ماجة ، والحاكم من حديث الليث عن مِشْرَح بن هاعان عن عقبة ابن عامر ، وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بأن الصواب رواية الليث عن سليمان بن عبد الرحمن مرسلاً ، وحكى الترمذي عن البخاري أنه استنكره . قال الحافظ : ووقع التصريح بسماعه في رواية الحاكم ، وفي رواية ابن ماجة من الليث ، قال لي مِشْرَح قال الحافظ : استدلوا بهذا الحديث على بطلان النكاح ، إذا شرط الزوج أنه إذا أنكحها ، بانت منه ، أو شرط أنه يطلقها ، أو نحو ذلك ، وحملوا الحديث على ذلك ، ولا شك أن إطلاقه يشمل هذه الصورة وغيرها ، لكن روى الحاكم ، والطبراني في الأوسط من طريق أبي غسان عن عمر بن نافع عن أبيه قال : جاء رجل إلى ابن عمر ، فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثًا ، فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ، ليحلها لأخيه ، هل يحل للأول ، قال : لا : إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحاً على =

آكل الربا وشارب الخمر . وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه .

وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه﴾ وهذا ناكح ، وقالوا : وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح ، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة مِلْك البقعة أو الإذن من مالكها في ذلك ، قالوا وإذا لم يدل النهي على فساد عَقْد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل . وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها .

واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة يهدم ، وقال مالك والشافعي لا يهدم : أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ (١) فمن رأى أن هذا

= عهد النبي ﷺ ، وقال ابن حزم : ليس الحديث على عمومه في كل محلل ، إذ لو كان كذلك ، لدخل فيه كل واهب ، وبائع ، ومزوج ، فصح أنه أراد بعض المحللين ، وهو من أحل حراماً لغيره ، بلا حجة ، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك ، لأنهم لم يختلفوا في أن الزوج ، إذا لم ينو تحليلها للأول ، ونوته هي ، أنها لا تدخل في اللعن ، فدل أن المعتبر الشرط . والله أعلم . انظر (التلخيص ٣/ ١٧١) وقد تقدم مثل هذا عن هذا الحديث .

(١) إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً في عدتها ، فإنها تكون عنده على ما بقي له من عدد الطلاق ، وإن طلق امرأته ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، فإنه يملك عليها ثلاث طلقات . وهذا إجماع لا خلاف فيه . وإن أبان امرأته بدون الثلاث حتى انقضت عدتها ، ثم تزوجها قبل أن تتزوج زوجاً غيره ، فإنها تكون عنده على ما بقي من عدد الثلاث . وهذا أيضًا لا خلاف فيه . وإن تزوجها بعد أن تزوجت غيره ، فإنها تعود إليه عند الشافعي على ما بقي من عدد الثلاث لا غير . وبه قال من الصحابة عمر ، وعلي ، وأبو هريرة وعمران بن حصين ، ومن الفقهاء مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والحسن وابن أبي ليلى ، ومحمد بن الحسين ، وزفر ، وابن =

شيء يخص الثالثة بالشـرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ، ومن رأى أنـه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان : الأول : في العدة . الثاني : في المتعة .

* * *

= المسيب ، وعبيـدة ، وهي روايـة عن أحمـد . وقـال أبـو حنيفـة : وأبـو يـوسف : تعـود إليـه بـالثلاث ، وهو قـول ابن عبـاس ، وابن عمر ، وعطـاء ، والنخعي ، وشريـح ، وهي روايـة عن أحمد لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحِلّ ، فيثبت حِلاً يتسع لثلاث تطليقات كما بعـد الثلاث ، لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث ، فأولى أن يهدم ما دونها .

واحتج أصحاب القول الأول : أن وطء الثاني لا يحتاج إليـه في الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق ، كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث ، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثـاني . انظر (المغني ٢٦٢/٧) و (المجموع ٤٧/١٦) وكما ترى فـإن الحق مع أبي جنيفـة في هذه المسألة . والله أعلم .

الباب الأول

في العدة *

والنظر في هذا الباب في فصلين : **الفصل الأول :** في عِدّة الزوجات . **الفصل الثاني :** في عِدة ملك اليمين .

الفصل الأول

في عدة الزوجات

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : **أحدهما :** في معرفة العدة . **والثاني :** في معرفة أحكام العدة .

النوع الأول : وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طُلِّقَتْ فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى : ﴿ **فما لَكُم عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونها** ﴾ (١) . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إمّا صغار ، وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عاداتهن في الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مرتابات بالحمل : أي يُحَسُّ في البطن ، وإما غير مرتابات . وغير المرتابات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات .

---

* العدة : بكسر العين : اسم لمدة تتربص بها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها ، وفراقه لها : إما بالولادة ، أو بالأقرار ، أو الأشهر .

(١) الأحزاب آية ٤٩ .

فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه في قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [١] الآية ، وفي قوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ﴾ [٢] الآية . واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعنى الأزمنة التي بين الزمنين : وقال قوم : هي الدم نفسه ، وممن قال إن الأقراء هي الأطهار : أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ، وممن قال إن الأقراء هي الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعرى .

وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : الأقراء هي الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثنى عشر من أصحاب رسول الله ﷺ . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه . فروي عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلي : هو أنها الحيض [٣] والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها إذا

---

(١) البقرة آية ٢٢٨ . (٢) الطلاق آية ٤ .

(٣) قال القرطبي : وقروء : جمع أقرؤ ، وأقراء ، والواحدة : قُرْء بضم القاف ، قاله الأصمعي . وقال أبو زيد : « قَرء » بفتح القاف ، وكلاهما قال : أقرأت المرأة ، إذا حاضت ، فهي مقرىء ، وأقرأت : طهرت ، وقال الأخفش : أقرأت المرأة ، إذا صارت صاحبة حيض ، فإذا حاضت : قرأت ، بلا ألف . يقال : أقرأت المرأة حيضة ، أو حيضتين . والقرء : انقطاع الحيض . وقال بعضهم : ما بين الحيضتين . وأقرأت حاجتك : دنت ـ عن الجوهري ، وقال أبو عمرو بن العلاء : من العرب من يسمي الحيض قرءاً ، ومنهم من يسمي الطهر قرءاً ، ومنهم من يجمعها جميعاً ، فيسمي الطهر مع الحيض قرءاً ، ذكره النحاس .

دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة .

وسبب الخلاف اشتراك اسم القُرْء ، فإنه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل أن اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه ، فالذين قالوا إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر ، وذلك أن القرء الذي هو الحيض يجمع على أقراء لا على قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فإنهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيا دون العشرة ، وقالوا أيضاً : إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض : أي جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية .

وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى : ﴿ **ثَلاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾ [1] ظاهر في تمام كل قرءٍ معها ، لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تَجوُّزاً ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هي الأطهار أمكن

= وقد اختلف العلماء في الأقراء ، فقال أهل الحجاز : هي الأطهار ، وهو قول عائشة ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت ، والزهري ، وأبان بن عثان ، والشافعي ، ومالك ، وسليمان بن يسار .

وقال أهل الكوفة : هي الحيض ، وهو قول أبي بكر ، وعمر ، وعثان ، وعلي ، وابن مسعود ، وأبي موسى ، ومجاهد ، وقتادة ، والضحاك ، وعكرمة ، والسُّدّيّ ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والعنبري ، وإسحق وأبي عبيد ، وأبي حنيفة ، وهي رواية عن أحمد ، والرواية الثانية : أنها الأطهار .

قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء : هي الأطهار . والمذهب أن القروء : الحيض . انظر (تفسير القرطبي ٣/ ١١٣) و (المجموع ٤٢٢/١٧) قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء أن القرء : لغة يقع على الطهر ، والحيضة ، إنما اختلفوا في المراد في الآية . وانظر كذلك (المغني ٧/ ٤٥٢) وانظر (الكافي ١/ ٥١٦) لمذهب مالك .

(١) البقرة : آية ٢٢٨ .

أن تكون العدة عندهم بقُرْءَيْن وَبعْضُ قُرْءٍ ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذي تُطَلَّقُ فيه وإن مضى أكثره ، وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوزاً ، واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها ، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هي الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت في حيضة أنها لا تعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذي رضيه الحذاق أن الآية مجملة في ذلك .

وأن الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى ، فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هي الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله ﷺ « مُرْهُ فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمسها ، فتلك العدة التي أمر الله أن يُطَلَّقَ لها النساء » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » دليل واضح على أن العدة هي الأطهار لكي يكون الطلاق متصلاً بالعدة .

ويمكن أن يتأول قوله « فتلك العدة » أي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض ، واحتج من قال الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التام : أعني المشترط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة .

ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا إنها الحيض ، فقيل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعي ، وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثوري وإسحاق بن عبيد ، وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ، وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة ، حكي هذا عن شريك . وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . وهو أيضاً شاذ . فهذه هي حال الحائض التي تحيض .

وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل . واختلف عن مالك متى تعتدُّ بالتسعة أشهر ؟ فقيل من يوم طلقت ، وهو قوله في الموطأ ، وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها [1] . وقال أبو

---

(١) انظر مذهب مالك (الكافي ١/ ٥١٦) و (القرطبي ١٨/١٦٣) قال القرطبي : (ارتبتم) أي شككتم ، وقيل : تيقنتم . وهي من الأضداد : يكون شكاً ، ويقيناً ، كالظن ، واختيار الطبري أن يكون المعنى : إن شككتم ، فلم تدروا ما الحكم فيهن . وقال الزَّجّاج : إن ارتبتم في حيضتها ، وقد انقطع عنها الحيض ، وكانت ممن يحيض مثلها .. وقال مجاهد : (إن ارتبتم) للمخاطبين ، يعني إن لم تعلموا كم عدة اليائسة ، والتي لم تحض ، فالعدة هذه . وقيل : إن ارتبتم أن الدم الذي يظهر منها من أجل كبر ، أو من الحيض المعهود ، أو من الاستحاضة ، فالعدة =

حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف : إنها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر وتحيض قبل ذلك ، وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس . وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد [1] .

وعمدة مالك عن طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل أنه قد تحيض الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة . فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة إلى أن يمضى لها ثلاثة أقراء .

= ثلاثة أشهر . انظر (القرطبي ١٨/ ١٦٣) .

(١) خلاصة القول في هذه المسئلة : أن المطلقة ، إذا كانت من الآيسات . أو ممن لم يحضن لصغر ، فعدتها ثلاثة أشهر . قال ابن قدامة أجمع أهل العلم على هذا ، لأن تعالى ذكره في كتابه بقوله : ﴿ واللائي يَئِسنَ من المَحِيضِ من نِّسائكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنّ ثَلاثَةُ أشْهُرٍ واللائي لم يَحِضْنَ ﴾ فإن كانت المطلقة بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب ، فلم تحض كخمس عشرة سنة ، فعدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول أبي بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد في ظاهر قول الخرقي ، وضعف أبو بكر من أصحابه الرواية المخالفة .

وأما إذا كانت من ذوات الأقراء ، فلم تر الحيض في عادتها ، ولم تدر ما رفعه ؟ فإنها تعتد سنة تسعةَ أشهرٍ منها ، تتربص فيها ، لتعلم براءة رحمها ، لأن هذه المدة ، هي غالب مدة الحمل ، فإذا لم يتبين الحمل ، علم براءة الرحم ظاهراً ، فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر . هذا قول عمر رضي الله عنه . قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار ، لا ينكره منهم منكر علمناه . وبه قال مالك ، والشافعي ، في أحد قوليه ، وروي ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر : تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، لأن هذه المدة ، هي التي يتيقن بها براءة الرحم ، فوجب اعتبارها احتياطاً .

وقال في الجديد : تكون في عدة أبداً حتى تحيض ، أو تبلغ سن الإياس ، فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر ، وهذا قول جابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، وأبي الزناد ، والثوري وأبي عبيد ، وأهل العراق ، لأن الاعتداد بالأشهر ، جُعِلَ بعد الإياس ، فلم يجز قبله ، وهذه ليست آيسة ، ولأنها ترجو عود الدم ، فلم تعتد بالشهور ، كما لو تباعد حيضها =

وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿ واللائي يَئِسْنَ من المَحِيضِ مِن نِّسائِكُمْ إنِ ارْتَبْتُمْ فعِدَّتُهُنَّ ثلاثةُ أشْهُرٍ ﴾ [١] والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأى فيه عسر وحرج ، ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً إذا فهم من اليائسة التي لا يُقْطَعُ بانقطاع حيضها .

وكان قوله ﴿ إنِ ارْتَبْتُمْ ﴾ راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكأن مالكاً لم يطابق مذهبه تأويله الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا مِنْ قِبَلِ السن ، ولذلك جعل قوله ﴿ إنِ ارْتَبْتُمْ ﴾ راجعاً إلى الحكم لا إلى الحيض ، أي إن شَكَكْتُمْ في حكمهن ،ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض أنها تعتد بالأشهر .

وأما إسماعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة ههنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو مالم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ، ونِعْمَ ما فعلوا لأنه إنْ فُهِمَ ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون في هذا السن : أعني سن اليائس ، وإنْ فُهِمَ من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر ، وهو قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور .

= لعارض . وحجة القول الأول الإجماع الذي حكاه الشافعي عن الصحابة .

أما إذا عرفت المطلقة أن ارتفاع الحيض سببه عارض من مرض أو نفاس ، أو رضاع ، فإنها تنتظر زوال العارض ، وعود الدم ، وإن طال ، إلى أن تصير في سن اليأس ، فعند ذلك تعتد عدة الآيسات . وهو مذهب الشافعي ، وأبي حنيفة ، ومالك ، وأحمد . انظر (المغني ٧/ ٤٢٧) وما بعدها و (القرطبي ١٦٤/١٨) وما بعدها و (المجموع ٤٣٦/١٦) وما بعدها و (الكافي لمذهب مالك) .

(١) الطلاق : آية ٤ .

أما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان .

وأمـا التي ارتفعت حيضتهـا لسبب معلـوم مثـل رضـاع أو مرض ، فـإن المشهور عند مالـك أنهـا تنتظر الحيض ، قصر الزمـان أم طـال ، وقـد قيل إن المريضة مثل التي ترتفع حيضتهـا لغير سبب ، وأمـا المستحـاضـة فعـدتهـا عنـد مالـك سنـة إذا لم تميز بين الـدَّمَيْنِ ، فـإنْ ميزّت بين الـدمين فعنـه روايتـان : إحداهما أن عدتها السنة . والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ، وقال أبو حنيفة عـدتهـا الأقراء إنْ تميزت لهـا ، وإنْ لم تتميز لهـا فثلاثـة أشهر ، وقـال الشـافعي : عـدتهـا بـالتمييز إذا انفصل عنهـا الـدم ، فيكـون الأحمر القـاني من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطُّهْر فإن طبق عليهـا الـدم اعتـدت بعـدد أيام حيضتها في صحتها [١] . وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلهـا مثل التي لا تحيـض وهـي من أهل الحيض ، والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامهـا أنها تعمل على معرفتهـا قيـاسـاً على الصلاة لقولـه ﷺ للمستحـاضـة : « اتركي الصلاة أيام أقرائك فإذا ذهب عنك قدرهـا فاغسلي الدم » . وإنمـا اعتبر التمييز

---

(١) قـال ابن عبـد البر لمـذهب مـالـك : وعـدة المستحـاضـة سنـة ، سواء علمت دم حيضتهـا من دم استحاضتها ، وميزت ذلك ، أم لم تميز عدته في ذلك كله . عند مالك في تحصيل مـذهبـه سنـة : منها تسعـة أشهر استبراء ، وثلاثـة عـدة ، وقـد قيل : إن المستحـاضـة ، إذا كان دمهـا ينفصل ، فعرفت إقبال حيضتها ، وإدبارها ، اعتدت ثلاثـة قروء . قـال : وهـذا أصح في النظر ، وأثبت في القياس ، وهو أحد أقوال الشافعي وهو قول جماعة من التابعين ، والمتـأخرين من القرويين . قال ابن العربي : وهو الصحيح عندي . انظر (الكافي ١/ ٥١٧) لمذهب مـالك و (القرطبي ١٨/ ١٦٤) .

أما مذهب أحمد : فإن المستحاضة لا تخلو : إما أن يكون لها حيض محكوم به بعـادة ، أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلـك ، فحكمها فيـه حكم غير المستحـاضـة ، إذا مرت لها ثلاثة قروء ، فقد انقضت عدتهـا . وإن كانت مبتـدأة لا تمـيز ، أو نـاسيـة لا تعرف لهـا وقتـاً ، ففيـه روايتـان : الأولى : أن عـدتهـا ثلاثـة أشهر وهو قول عكرمـة ، وقتـادة ، وأبي عبيد ، والثانية : تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها ، لا تـدري مـا رفعهـا ، وهو قول إسحق . انظر (المغني ٧/ ٤٦٧) .

لقوله ﷺ لفاطمة بنت حبيش « إذا كان دم الحيض فإنه دم أسود يُعْرَفُ ، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة ، فإذا كان الآخر فتوضيء وصلى فإنما هو عِرْق » خرجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب إلى أن عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ، وخفاؤه كارتفاعه .

وأما المسترابة : أعني التي تجد حسًّا في بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ، وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر [١] . ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعني المطلقات لقوله تعالى : ﴿ **وَأُولاتُ الأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ** ﴾ [٢] وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها ، أعني حُيَّضاً ويائسات ومُستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات .

فأما الحُيَّضُ اللاتى يأتيهن حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حِيَض كالحرة ، وبه قال ابن سيرين [٣] . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى : ﴿ **والمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ**

---

(١) انظر (الكافي ١/ ٥١٧) لمذهب مالك ، وروي عنه ست ، وسبع . قال ابن عبد البر : الخمس عنه أصح .

وعند أحمد : إذا كانت الريبة قبل انقضاء عدتها ، فإنها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الريبة ، فإن زوجت قبل ذلك ، فالزواج باطل .

وإن ظهرت الريبة بعد قضاء عدتها ، والتزوج ، فالنكاح صحيح ، وإن ظهرت الريبة بعد قضاء العدة ، وقبل النكاح . ففيه وجهان : يصح لها النكاح ، والثاني لا يصح . انظر (المغني ٧/ ٤٦٩) .

(٢) الطلاق آية ٤ .

(٣) أكثر أهل العلم يقولون إن عدة الأمة قُرْءان ، منهم : عمر : وعلي ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد الله بن عقبة ، والقاسم ، وسالم ، وزيد بن أسلم ، والزهري ، وقتادة ، =

بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوء ﴾ [1] وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعني كونه مُتَنَصّفاً مع الرِّقّ . وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأَمَة المطلَّقة اليائِسة من المحيض أو الصغيرة فإن مالكاً وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهرٌ ونصفُ شهرٍ نِصْفُ عدة الحرة [2] وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكاً اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم ، وذلك

= ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة .
وعن ابن سيرين أن عدتها عدة الحرة ، وهو قول داود . انظر (المغني ٧/٤٥٧) و (المجموع ١٦/ ٤٤٤) .

(١) البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) أما إذا كانت الأمة المطلقة آيسة ، فقال الشافعي في أحد قوليه إن عدتها شهران ، وهي رواية عن أحمد ، وهو قول عطاء ، والزهري ، وإسحق **والقول الثاني** : عن الشافعي : أن عدتها شهر ، ونصف ، وهي رواية عن أحمد ، واختارها أبو بكر من أصحابه ، وهذا قول علي رضي الله عنه ، وروي ذلك عن ابن عمر ، وابن المسيب ، وسالم ، والشعبي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة .
والرواية الثالثة : عن أحمد أنها ثلاثة أشهر كالحرة ، وروي ذلك عن الحسن ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، ويحيى الأنصاري ، وربيعة ، ومالك ، وهو القول الثالث للشافعي ، لعموم قوله تعالى : ﴿ **فعدتهن ثلاثة أشهر** ﴾ . انظر (المغني ٧/ ٤٥٧) و (المجموع ١٦/ ٤٤٤)
وقد اختلف في السن الذي تبلغه المرأة ، فتكون آيسة ، فللشافعي قولان : الأول يعتبر السن الذي يتيقن أنه إذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم : هو اثنان وستون سنة . والثاني : يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها .
وعن أحمد أنه خمسون سنة ، وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب ، فستون ، لأنهن أقوى طبيعة .
أما أقل سن تحيض فيه المرأة ، فهو تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد ، وقد روي عن الشافعي أنه قال : رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة . والحق مع من قال : عدتها ثلاثة أشهر كالحرة . أليست العدة لبراءة الرحم من الزوج الأول ؟ إذن ما الفرق بين الأمة ، وبين الحرة في ذلك ؟

في اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض ، والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة ، واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها .

واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف ، وقالت فرقة : تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ، ما خلا رجعة المولى . وقال الشافعي : إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعي أظهر [1] .

وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقاً ، وإنْ لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانيا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما تداخل العدتين ، والأخرى نفيه . فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ، لأن ذلك حاصل مع التداخل .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ١/ ٥١٨) قال ابن عبد البر : من طلق امرأته طلاقاً رجعياً ، ثم راجعها في عدتها ، ثم طلقها بعد الرجعة ، لزمها استئناف العدة من الطلاق الثاني بعد رجعته ، وسواء عند مالك وطئها ، أو لم يطأها . وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٤٨) أما عند أحمد : فإنه إذا راجعها في عدتها ، ووطئها ، ثم طلقها ، فإنها تستأنف عدة أخرى من الطلاق الثاني ، وإن طلقها قبل أن يمسها ففيه روايتان : الأولى : أنها تستأنف ، والثانية : تبني على ما سبق . انظر (المغني ٧/٤٨٦) .

وقول الشافعي كقول أحمد ، إذا وطئها ، وكذلك له قولان ، إذا كان قبل المسيس . انظر (المجموع ١٧/ ٥٢) . وكما ذكر المؤلف ، فإن قول أحمد ، والشافعي أظهر . والله أعلم .

ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الـذي لـه حرمة ، وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ، وقال أبو حنيفة : تنتقل في الوجهين معًا .

وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل عدتها ، ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهي زوجة ثم طلقت ، وأما من فرق بين البائن والرجعي فبيِّن ، وذلك أن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدة .

* * *

القسم الثاني : وأما النظر في أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدَّة الرجعية النفقة والسُّكْنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ** ﴾ [١] الآية ولقوله تعالى : ﴿ **وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [٢] . واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال : **أحدها** : أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . **والقول الثاني** : أنه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . **الثالث** : أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة [٣] .

---

(١) الطلاق آية ٦ .

(٢) الطلاق آية ٦ .

(٣) قال القرطبي في المطلقة ثلاثاً أقوال : مذهب مالك ، والشافعي : أن لها السكنى ، ولا نفقة لها . وذهب أبو حنيفة ، وأصحابه : أن لها السكنى ، والنفقة . وذهب أحمد ، وإسحق ، وأبو ثور : ألا نفقة لها ، ولا سكنى . انظر (القرطبي ١٨/ ١٦٧) .

وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « طَلَّقني زَوْجي ثلاثاً على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيتُ النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة »(١) خرجه مسلم ، وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة » وهذا قول مروي عن عليّ وابن عباس وجابر بن عبد الله .

وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ « ليس لك

= وقال ابن قدامة : عن أحمد روايتان : إحداهما لها سكنى دون النفقة ، وهو قول عمر ، وابنه ، وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي .
والرواية الثانية : لا سكنى لها ، ولا نفقة ، وهو ظاهر المذهب ، وهو قول علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة وميمون به مهران ، وإسحق ، وأبي ثور ، وداود . وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى ، والنفقة ، وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والبتي ، والعنبري ، لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود ، ولأنها مطلقة ، فوجب لها النفقة ، والسكنى كالرجعية .
وحجة من قال : ليس لها نفقة ، ولا سكنى حديث فاطمة بنت قيس الآتي . انظر (المغني ٧/ ٦٠٦) .

(١) حديث فاطمة بنت قيس أخرجه الجماعة إلا البخاري ، وتكملته « وأمرني أن اعتد في بيت ابن أم مكتوم » انظر (نصب الراية ٣/ ٢٧٢) قال ابن عبد البر : من طريق الحجة ، وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ، ومن تابعه ، أصح ، وأحج ، لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً ، فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ ، الذي هو المبيِّنُ عن الله مراده ؟ ولا شيء يدفع ذلك .
وأما قول عمر . ومن وافقه ، فقد خالفه علي ، وابن عباس ، ومن وافقهما ، والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ ، فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر ، وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » فإن أحمد أنكره ، وقال : أما هذا ، فلا ولكن قال « لا نقبل في ديننا قول امرأة » وهذا أمر يرده الإجماع ، وترده السنة . ويخالفه فيه علماء الصحابة . انظر (المغني ٧/ ٦٠٧) .

عليه نفقة » وأمرها أن تعتدّ في بيت ابن أم مكتوم ، ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومه في قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء .

وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية . وبالجملة حيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة ، وروي عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا : لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ الآية [١] . ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى في هذه المسألة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور .

وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء : في طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها إذا أعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ ، والجمهور على وجوبها .

---

(١) قول عمر رواه مسلم ، والترمذي عن أبي إسحق ، قال : حدثني الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ قال : « لا سكنى لها ، ولا نفقة » ، فأخذ الأسود كفاً من حصى ، فحَصَبَه به ، فقال : ويحك تحدث بمثل هذا ، قال عمر : لا نترك كتاب ربنا ، ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري ، حفظت ، أم نسيت ، لها السكنى ، والنفقة ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ ﴾ . وزاد الترمذي فيه ، وكان عمر يجعل لها النفقة ، والسكنى . انظر (نصب الراية ٣/ ٢٧٣) .

ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً ﴾ [١] .

واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها في الأربعة الأشهر وعشر ماذا حكمها ؟ فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة ، فإن لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ، وقيل عنه إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة ، وذلك إذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعني من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر .

واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وُجِدَتْ ، فقيل تنتظر حتى تحيض ، وروى عنه ابن القاسم : تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل . وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار : أبي حنيفة والشافعي والثوري [٢] .

* * *

وأما المسألة الثانية : وهي الحامل التي يُتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيراً إلى عموم قوله تعالى : ﴿ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [٣] وإنْ كانت الآية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف

---

(١) البقرة آية ٢٣٤ .

(٢) انظر لمذهب مالك (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٥٠) وقال أشهب ، وسحنون : تحل بانقضاء العدة ، وإن لم تحض كقول الجمهور . وانظر (المغني ٧/٤٧٠) لمذهب الجمهور . ولا شك أن الحق مع الجمهور في هذه المسئلة .

(٣) الطلاق آية ٤ .

شهر وفيه « فجاءت رسول الله ﷺ فقال لها : قد حَلَلْتِ فانكحي من شئت » [١] وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة عدة الموت ، وروي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة [٢] .

وأما الأمة المتوفى عنها من تحل له ، فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو مِلْكَ يمين أو أم ولد أو غير أم ولد ، فأما الزوجة فقال الجمهور : إنّ عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على الدّيَةِ ، وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً إلى التعميم [٣] .

وأما أُم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لا تحيض

---

(١) حديث سُبيعة الأسلمية متفق عليه .

(٢) ما روي عن ابن عباس ، روي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الأجلين . وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ ، فرد عليه النبي ﷺ قوله . وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سُبَيْعَة .
وكره الحسن ، والشعبي أن تنكح في دمها ، ويحكى عن حماد ، وإسحق أن عدتها ، لا تنقضي حتى تطهر . وأبى سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا : لو وَضَعَتْ بعد ساعة من وفاة زوجها ، حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها ، وتغتسل . انظر (المغني ٧/ ٤٧٣) .

(٣) الأمة المتوفى عنها زوجها عدتها شهران ، وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم : منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وغيرهم .
وقال ابن سيرين : عدة الأمة عدة الحرة ، وهو قول أهل الظاهر . انظر (المغني ٧/ ٤٧١) و(المحلى ١١/ ٧١٠) وما بعدها .
ولعل الحق في هذه المسألة مع أهل الظاهر ، والله أعلم ، لأن المقصود بالعدة ، هو براءة الرحم ، وما الفرق بين الحرة ، والأمة في ذلك ؟ .

اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : عدتها ثلاث حيض ، وهو قول عليّ وابن مسعود ، وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ، وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشراً [١] ، وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد

---

(١) عند الجمهور أن عدة أم الولد ، إذا مات عنها سيدها : حيضة كاملة ، وهو قول ابن عمر ، وروي ذلك عن عثمان ، وعائشة ، والحسن ، والشعبي والقاسم بن محمد ، وأبي قلابة ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، والمشهور عن أحمد ، وأبي عبيد ، وأبي ثور .

وروي عن أحمد أنها تعتد أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبي عياض ، وابن سيرين ، وسعيد بن جبير ، ومجاهد ، وخلاص بن عمرو ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي ، وإسحق . لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال « لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ ، عدة أم الولد ، إذا توفي سيدها أربعة أشهر وعشر » رواه أبو داود ، ولأنها حرة ، كالزوجة الحرة .

وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة عن أحمد أنها تعتد شهرين ، وخمسة أيام . قال ابن قدامة : ولا أظنها صحيحة عن أحمد . وروي ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وقتادة ؛ كالأمة . ويروى عن علي ، وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعي ، والثوري ، وأبي حنيفة أن عدتها ثلاث حيض ، لأنها حرة تُستبرأ ، فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة . ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ،ولا بعض حيضة في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب مالك : متى طعنت في الحيضة ، فقد تم استبراؤها وزعموا أنه مذهب مالك . وقال الشافعي في أحد قوليه : يكفي طهر واحد ، إذا كان كاملاً .

وإن كانت آيساً فثلاثة أشهر . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، وأبي قلابة ، وأحمد ، وأحد قولي الشافعي .

وعن أحمد رواية أنها تستبرأ بشهر ، وهو القول الثاني للشافعي ، لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة ، والأمة المطلقة ، فكذلك في الاستبراء .

وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والضحاك ، والحكم في الأمة التي لا تحيض تستبرأ بشهر ، ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد .

وقال أهل الظاهر : لا عدة على أم ولد ، إن أعتقت ، أو مات عنها سيدها ، ولا على أمة من وفاة سيدها ، أو عتقه لها ، لأنه لم يوجب ذلك قرآن ، ولا سنة ، ولها أن ينكحا متى شاءا ، إلا أنها إذا خافت حملاً ، تربصت حتى توقن بأن بها حملاً ، أو أنها لا حمل بها . انظر (المغني ٧/ ٥٠٠) وما بعدها و (المحلى ١١/ ٧٠٦) وما بعدها ، وانظر (نصب الراية ٣/ ٢٥٨) .

ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالأمة يموت عنها سيدها ، وذلك ما لا خلاف فيه ، وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهي حرة ، وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ، ولا بأَمَةٍ فتعتد عدة أمةٍ ، فوجب أن تستبرىء رحمها بعدة الأحرار .

أما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روي عن عمرو بن العاص قال : لا تَلْبِسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشراً ، وضَعَّفَ أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به [١] . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيهاً بالزوجةِ الأمةِ ، فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين الأمة والحرة ، وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

* * *

(١) رواه أبو داود ، وابن حبان ، والحاكم في المستدرك ، وقال على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، ورواه الدارقطني ، والبيهقي . وقال البيهقي : قال أحمد : هذا حديث منكر ، وقبيصة لم يسمع من عمرو . والصواب أنه موقوف ، ورواه ابن ماجة . انظر (نصب الراية ٣/ ٢٥٨) .
والحق ، والله أعلم مع من قال : إن عدتها أربعة أشهر وعشر ، لأنها لا فرق بينها ، وبين الحرة المتوفى عنها زوجها .

الباب الثاني

في المُتْعَةِ

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم من أهل الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم : هي مندوب إليها وليست واجبة ، وبه قال مالك ، والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك ، فقال أبو حنيفة : هي واجبة على كل من طَلَّقَ قبل الدخول ، ولم يَفرِضْ لها صداقاً مسمى ، وقال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قِبَلِهِ إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء (١) .

(١) **القول الأول :** على أن المتعة ليست واجبة ، وهو مروي عن فقهاء المدينة السبعة . وهو قول ابن أبي ليلى ، وعبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون ، ومالك ، لكنها سنة لكل مطلقة ، وهو قول أبي عبيد .

القول الثاني : لا تجب المتعة إلا للتي طُلِّقت قبل أن توطأ ، ولم يسم لها صداق ، فهذه تجب لها المتعة ، وهو قول سفيان الثوري ، والحسن بن حي ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، لكن الأوزاعي لم يوجبها على العبد . وقال أبو حنيفة : في التي لم يُسَمَّ لها صداق ، ثم فَرَضَ لها القاضي مهرَ المثل ، فلم يدخل بها ، ثم طلقها ، فإن ذلك المهر يبطل ، ولا يجب لها إلا المتعة ، وهو قول أحمد .

ومذهب الشافعي ، إذا طلقها قبل المسيس ، ولم يُفْرَضْ لها صداق ، وجبت عليه المتعة ، وإن كان بعد الدخول ، ففيه قولان : قال في القديم : لا تجب لها . وقال في الجديد : تجب .

وإن كان الطلاق بسبب من جهة الزوج كالإسلام ، والردة ، واللعان فإنه تجب عليه المتعة كذلك .

وإن كان بسبب من جهة الزوجة كالإسلام ، والردة ، والرضاع ، والفسخ ، لم تجب لها المتعة . انظر (المهذب ١٥/ ٢٦٥) .

والقول الثالث : أن لكل مطلقة متعة ، إلا التي طلقت قبل أن تمس ، وقد فرض لها نصف المهر ، وهو مذهب ابن عمر ، وهو قول شريح ، ومجاهد ، وصح عن إبراهيم ، وهو قول القاسم ابن محمد ، وعبد الله بن أبي سلمة .

والقول الرابع : أن لكل مطلقة متعة واجبة . وهو مروي عن علي بن أبي طالب ، وأبي ثور ، =

واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ **يا أيُّها الَّذينَ آمَنُوا إذا نَكَحْتُمْ المُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أن تَمَسُّوهُنَّ فما لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَها ، فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَميلاً** ﴾ [١] فاشترط المتعة مع عدم المسيس ، وقال تعالى : ﴿ **وإن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ** ﴾ [٢] فعلم أنه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمري مخيل ، لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء .

وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى : ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وعلى المُقْتِرِ قَدَرُهُ** ﴾ [٣] على العموم في كل مطلقة إلا التي سُمّي لها وطُلِّقَتْ قبل الدخول ، وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلِعَةِ لا متعة لها لكونها مُعْطِية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطي .

= وابن شهاب ، والزهري ، وسعيد بن جبير ، وأبي قلابة ، وعطاء ، والحسن ، والثوري ، وقتادة ، والضحاك ، وأهل الظاهر ، وهي رواية عن أحمد . انظر (المحلى ٦٠٣/١١) و (القرطبي ٣/ ٢٠٠) و (المغني ٧١٣/٦) .

قال القرطبي : أجمع أهل العلم على أن التي لم يفرض لها ، ولم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة . وقال الزهري : يقضي لها بها القاضي . قال ابن قدامة : فإن فرض لها بعد العقد ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما فرض لها ، ولا متعة . وهذا قول ابن عمر ، وعطاء ، والشعبي . والنخعي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي عبيد .

وعن أحمد أن لها المتعة ، ويسقط المهر . وهو قول أبي حنيفة . انظر (المغني ٦/ ٧١٤) .

(١) الأحزاب آية ٤٩ .

(٢) البقرة آية ٢٣٧ .

(٣) البقرة آية ٢٣٦ .

وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية ﴿ حقّاً على المحسنين ﴾[1] أي على المتفضّلين المتجمّلين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

* * *

(١) البقرة آية ٢٣٦ .

باب في بَعْثِ الحَكَمَيْن

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجُهلَتْ أحوالها في التشاجر : أعني المُحِقّ من المُبْطِل لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ (١) الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما : من قِبَلِ الزوج ، والآخر من قِبَلِ المرأة ، إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ، وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ، وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين .

واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك . وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق (٢) وحجة مالك ما رواه من ذلك عَن عليّ بن أبي طالب أنه قال في

---

(١) النساء آية ٣٥ .

(٢) من قال إن الحكمين ، لا يملكان التفريق إلا بإذنهما : عطاء ، وهو أحد قولي الشافعي ، وحكي ذلك عن الحسن ، وأبي حنيفة ، وهي رواية عن أحمد . لأن البُضْعَ حقه ، والمالي حقها ، وهما رشيدان ، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بإذن منهما ، وبه قال الكوفيون ، وعطاء ، وابن زيد ، والحسن ، وأبو ثور . وروي عن علي ، وابن عباس ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعي ، وإسحق ، وابن المنذر : أن الحكمين لهما أن يفعلا ما يريان من جمع ، وتفريق بعوض وبغير عوض ، ولا يحتاجان إلى توكيل من الزوجين ، ولا إلى رضاهما لقوله تعالى : ﴿ فابعثوا حَكَماً من أهلِهِ وحكماً من أهلِها ﴾ فسماهما حكمين ، ولم يعتبر رضا الزوجين ، ثم قال ﴿ إن يُريدا إصلاحاً ﴾ فخاطب الحكمين بذلك . وهي رواية عن أحمد . انظر (المغني ٧/ ٤٩) وانظر (القرطبي ٥/ ١٧٦) .
وكان الأولى بالمؤلف أن يقدم هذا الباب على الطلاق .

الحكمين : إليهما التفرقـة بين الزوجين ، والجمع [١] . وحجة الشافعي وأبي حنيفـة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج .

واختلف أصحـاب مـالـك في الحكمين يطلقـان ثلاثـاً ، فقـال أبو القـاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً إنْ طَلَّقاها ثلاثاً ، والأصل أن الطلاق بيـد الرجل إلا أن يقوم دليل علي غير ذلـك [٢] وقـد احتـج الشـافعي وأبو حنيفـة بمـا روي في حـديث عليّ هـذا أنـه قـال للحكمين : هل تـدريـان مـا عليكمـا ؟ إنْ رأيتما أن تجمعـا جمعتمـا ، وإنْ رأيتما أن تفرقـا فرقتما ، فقـالت المرأة : رضيتُ بكتاب الله وبما فيه لي وعليّ ، فقال الرجل : أمـا الفرقـة فلا ، فقـال على : لا ، والله لا تنقلب حتى تقر بمثـل مـا أقرت بـه المرأة ، قـال : فـاعتبر في ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يُطَلِّقُ بالضرر عند مالك إذا تبين .

* * *

---

(١) أثر عليّ رواه النســائي ، والـدارقطني ، والبيهقي . قـال الحـافـظ : إسنـاده صحيـح . انظر (التلخيص) ورواه مالك في الموطأ . وقـال : وذلـك أحسن مـا سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل ، وامرأته في الفرقة والاجتماع . انظر . (الموطأ ٢/ ٥٤٨) .

(٢) قال مالك في الحكمين يطلقان ثلاثاً ، إنها تلزم واحدة ، وليس لهما أكثر من واحدة بـائنـة ، وهو قول ابن القاسم ، وقـال ابن القـاسم أيضـاً : تلزمـه ثلاث ، إن اجتمعـا عليـه ، وهو قول المغيرة ، وأشهب ، وابن الماجشون ، وأصبغ ، وقال ابن المواز : إن حكم أحـدهمـا بواحـدة والآخر بثلاث ، فهي واحدة ، وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشيء . انظر (القرطبي ٥/ ٧٧) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء *

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [1] والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق ، على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد .

واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولي ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإما فاء وإمّا طَلَّقَ ؟ ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين ، أم بالأيمان المباحة في الشرع فقط ؟ ومنها إذا أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مُولِياً أم لا ؟ ومنها هل المُولِي هو الذي قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولي هو الذي لم يقيّد يمينه بمدة أصلاً ؟ ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي ؟ ومنها إنْ أبى الطلاق والفيء هل يُطَلِّقُ القاضي عليه أم لا ؟ ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثاني ؟

ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة أم لا ؟ ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟ فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الإيلاء

---

* الإيلاء في اللغة : الحَلِفُ . يقال : آلىٰ يولى إيلاء ، أليّة . وجمع الأليـة ، ألايا قال الشاعر :

قليلُ الألايا حافظٌ ليمينِهِ   إذا صدرت منه الأليةُ بَرَّتِ .

ويقال : تألّى يتألّى . وفي الخبر « من تألّ على الله يكذبه » وفي الشرع : هو الحلف على ترك وطء المرأة . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وكان أُبيُّ بن كعب ، وابن عباس يقرآن : يقسمون .

(١) البقرة آية ٢٢٦ .

بين فقهاء الأمصار التي تتنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم في مسألة مسألة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

المسألة الأولى : أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لاتطلق وإنما الحكم أن يوقف فإما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكاً والشافعي وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فإما فاء وإما طلق ، وهو قول عليّ وابن عمر ، وإنْ كان قد روي عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن يفيء فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين (١) .

---

(١) المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب بهن ، فإذا انقضت أربعة أشهر ، ورافعته امرأته إلى الحاكم ، وقفه ، وأمره بالفيئة ، فإن أبى ، أمره بالطلاق ، ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة .

قال أحمد في الإيلاء : يوقف عن الأكابر من أصحاب النبي ﷺ : عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان ، وعلي . وبه قال ابن عمر ، وعائشة . وروي ذلك عن أبي الدرداء . وقال سليمان ابن يسار : كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء ، وقال سهيل بن أبي صالح : سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ . فكلهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر ، فيوقف ، فإن فاء ، وإلا طلق ، وبذلك قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، ومجاهد ، وطاوس ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأحمد .

وقال ابن مسعود ، وابن عباس ، وعكرمة ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، ومسروق ، وقبيصة ، والنخعي ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة : إذا مضت أربعة أشهر ، فهي تطليقة بائنة .

وروي ذلك عن عثمان ، وعلي ، وزيد ، وابن عمر ، وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ، ومكحول ، والزهري أنها تطليقة رجعية .

=

وسبب الخلاف هل قوله تعالى : ﴿ **فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم** ﴾[(1)] أي فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده في قوله تعالى : ﴿ **وإنْ عَزَموا الطَّلاقَ فإنَّ اللهَ سميعٌ عليم** ﴾[(2)] أن لا يفيء حتى تنقضي المدة . فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله ﴿ **وإنْ عَزَموا الطلاقَ** ﴾ أي باللفظ ﴿ **فإنَّ اللهَ سميعٌ عليم** ﴾ .

وللمالكية في الآية أربعة أدلة : **أحدها** : أنه جعل مدة التربص حقّاً للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة ، **الدليل الثاني** : أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوُّزاً : أعني ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا تَجَوُّزاً ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل . **الدليل الثالث** : قوله تعالى : ﴿ **وإنْ عزموا الطلاقَ فإنَّ الله سميع عليم** ﴾ قالوا : فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يُسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة . **الرابع** : أن الفاء في قوله تعالى : ﴿ **فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم** ﴾ ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك

= ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فإن فاءوا فيهن فإن الله غفور رحيم) ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه ، فكان ذلك في المدة ، كمدة العنة .

وحجة أصحاب القول الأول قوله تعالى : ﴿ **لِلّذين يُؤْلُونَ مِن نِّسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فإنْ فاءوا فإن اللهَ غفور رحيم** ﴾ وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر ، لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ، ثم قال ﴿ **وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم** ﴾ ولو وقع بمضي المدة ، لم يحتج إلى عزم عليه ، وقوله (سميع عليم) يقتضي أن الطلاق مسموع ، ولا يكون المسموع إلا كلاماً ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلاً ، فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال . انظر (المغني ٧/ ٣١٨) وانظر (بدائع الصنائع ٤/ ١٩٦٥) لمذهب أبي حنيفة . وكما ترى ، فإن الحق واضح مع أصحاب القول الأول . والله أعلم . وانظر (المحلى ١١/ ٢٤٩) وانظر (سبل السلام ٣/ ١٨٢) .

(١) البقرة آية ٢٢٦ .

(٢) البقرة آية ٢٢٧ .

على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي ، وقد روي ذلك عن ابن عباس .

* * *

المسألة الثانية : وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء ، فإن مالكاً قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعي : لا يقع إلا بالأيمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته ، فمالك اعتمد العموم : أعني عموم قوله تعالى : ﴿ للذين يُؤْلُون من نسائهم تربُّصُ أربعةِ أشهُرٍ ﴾ (١) والشافعي يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينَيْنِ يترتب عليهما حكم شرعي ، فوجب أن تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة (٢) .

---

(١) البقرة آية ٢٢٦ .

(٢) لا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بالله ، أو بصفة من صفاته إيلاء ، فأما إن حلف بطلاق ، أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، فلا يكون مولياً عند الشافعي في قوله القديم ، وهي رواية عن أحمد .

والرواية الثانية : أن كل حلف من هذه ، إيلاء ، وبذلك قال الشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأهل العراق والشافعي في الجديد ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وغيرهم ، لأنها يمين منعت جماعها ، فكانت إيلاءً كالحلف بالله ، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، وهي رواية عن أحمد .

والرواية الأولى عن أحمد هي المشهورة ، لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم .

وقال ابن عباس « كل يمين منعت جماعاً ، فهي إيلاء » وقال ابن عباس : لا يكون مولياً حتى يحلف ألا يمسها أبداً ، قال القرطبي : فإن حلف بالنبي ، أو بالملائكة ، أو الكعبة ألا يطأها ، أو قال : هو يهودي ، أو نصراني ، أو زان ، إن وطئها ، فهذا ليس بمولٍ عند مالك ، وغيره .

مع ملاحظة أن القرطبي ، لم يصب في عزوه للشافعي أنه لا يقع الإيلاء إلا باليمين بالله وحده =

المسألة الثالثة : وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإنْ لم يحلف على ذلك ، فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعًا (١) .

* * *

المسألة الرابعة : وأما اختلافهم في مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذْ كان الفيء عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ، وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط إذ كان الفيء عنده إنما هو فيها ، وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف وقتاً مّا وإن كان أقل من أربعة أشهر كان مُولِياً يُضْرَبُ له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروي عن ابن عباس أنّ المولي هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد (٢) .

= في قوله الجديد . والصواب أن هذا قوله في القديم ، والجديد كا بينا . انظر (القرطبي ٣/ ١٠٣) و (المغني ٧/٢٩٨) و (المهذب مع المجموع ١٦/٥٢) .

(١) قال القرطبي : قال علماؤنا : ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها إضراراً بها ، أمر بوطئها ، فإن أبى ، وأقام على امتناعه مضراً بها ، فرق بينه ، وبينها من غير ضرب أجل . وقد قيل : يضرب أجل الإيلاء ، وقد قيل : لا يدخل على الرجل الإيلاء في هجرته من زوجته ، وإن أقام سنين ، لا يغشاها ، ولكنه يوعظ ، ويؤمر بتقوى الله تعالى في ألا يمسكها ضراراً . انظر (المغني ٣/ ١٠٦) وعن أحمد روايتان : إحداهما : تضرب له مدة أربعة أشهر ، فإن وطئها ، وإلا دعي بعدها إلى الوطء ، فإن امتنع ، أمر بالطلاق ، كا يفعل بالإيلاء سواء . والثانية : لا تضرب له مدة ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، لأنه ليس بمولٍ ، فلم تضرب له مدة كا لو لم يقصد الإضرار . انظر (المغني ٧/٦٣٦) .

(٢) إذا حلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، فإنه يكون مولياً عند الجمهور ، فإن حلف على أربعة ، فما دونها ، لا يكون مولياً ، وكانت عندهم يميناً محضاً ، لو وطيء في هذه المدة لم =

والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآيـة ، فـاختلافهم في وقت الفيء ، وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعـاني أو مجملـة ، وكـذلـك اختلافهم في صفة المولي والمولَى مِنْها ونوع الطلاق على مـا سيـأتي بعـد . وأمـا ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها . وهذه هي أركان الإيلاء : أعني معرفة نوع اليمين ووقت الفيء ، والمـدة ، وصفـة المولَى منهـا ، ونوع الطلاق الواقع فيه .

* * *

= يكن عليه شيء كسائر الأيمان ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي ثور ، وأبي عبيـدة ، والأوزاعي ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وهو قول ابن عباس .
وقـال أبو حنيفـة ، والكوفيون : إذا حلف على أربعـة أشهر ، فصـاعـداً يكون موليـاً ، وهو قول عطاء ، والثوري . وحكى ذلـك القـاضي ، وأبو الحسين روايـة عن أحمـد ، لأنـه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مولياً ، كما لو حلف على ما زاد .
وقـال النخعي ، وقتـادة ، وحمـاد ، وابن أبي ليلى ، وإسحق : من حلف على ترك الـوطء ، في قليـل من الأوقـات ، أو كثير ، وتركهـا أربعـة أشهر ، فهو مول ، لقولـه تعـالى : ﴿ **للـذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر** ﴾ وهذا مول ، فإن الإيلاء الحلف ، وهذا حالف . وقال ابن عباس : لا يكون مولياً حتى يحلف ألا يمسها أبداً .
وحجة أصحاب القول الأول أنه لم يمنع نفسـه من الوطء بـاليمين أكثر من أربعـة أشهر ، فلم يكن مولياً ، كما لو حلف على ترك قبلتهـا ، وقـالوا : إن الآيـة حجـة لنـا ، لأنـه لو جعل لـه تربص أربعـة أشهر ، فـإذا حلف أربعـة أشهر ، أو مـا دونهـا ، فـلا معنى للتربص ، لأن مـدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك ، ومع انقضائـه ، وتقـدير التربص بـأربعـة أشهر يقتضي كونـه في مـدة تناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بـأربعـة أشهر ، فما دون ، لم تصح المطالبة من غير إيلاء . انظر (المغني ٧/ ٣٠٠) و (القرطبي ١٠٤/٣) والفيئـة : الجماع . قال ابن قدامة : ليس في هـذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنـذر : أجمع كل من نحفـظ عنـه من أهـل العلم على أن الفيء الجمـاع ، وهـو قـول ابن عبـاس ، وروي ذلـك عن علي وابن مسعـود ، وبـه قـال مسروق ، وعطـاء ، والشعبي ، والنخعي وسعيـد بن جبير ، والثـوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيدة ، وأبو حنيفة . إذا لم يكن له عذر .
وأصل الفيء : الرجـوع ، ولـذلـك يسمى الظـل بعـد الـزوال فيئـاً ، لأنـه رجع من المغرب إلى المشرق ، فسمي الجماع من المولي فيئة ، لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، انظر (المغني ٧/ ٢٢٤) .

المسألة الخامسة : فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يُحْمَلُ على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه إن كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق ، فمن غَلَّب الأصل قال : رجعي ، ومن غلب المصلحة قال بائن [١] .

* * *

المسألة السادسة : وأما هل يطلق القاضي إذا أبى الفيء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ، فإن مالكًا قال : يُطَلِّقُ القاضي عليه ، وقال أهل الظاهر : يحبس حتى يطلقها بنفسه [٢] . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف

---

(١) عند مالك ، والشافعي ، وأحمد يكون الطلاق رجعياً ، سواء أوقعه بنفسه ، أو طلق الحاكم عليه . أما إذا انقضت المدة ، ولم يطلق ، فليس عليه شيء وعن أحمد رواية أخرى أن فرقة الحاكم تكون بائناً . ذكر الروايتين أبو بكر من أصحابه . وقال القاضي : المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً في رواية الأثرم .

وقال أبو ثور : طلاق المولي بائن . سواء طلق هو ، أو طلق عليه الحاكم ، لأنها فرقة لرفع الضرر ، ولأنها لو كانت رجعية ، لم يرتفع الضرر عنها .

وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً .

وحجة أصحاب القول الأول أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عِوَض . ولا استيفاء عدَدٍ ، فكان رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء .

انظر (المغني ٣٢١/٧) و (القرطبي ١٠٥/٣) وانظر (تحفة الفقهاء ٣٠٨/٢) قال القرطبي : وإذا تساوى الاحتمال ، كان قول الكوفيين أقوى قياساً على المعتدة بالشهور ، والأقراء ، إذ كل ذلك أجلٌ ضربه الله تعالى فبانقضائه ، انقطعت العصمة ، وأُبِينَتْ من غير خلاف ، ولم يكن لزوجها سبيل عليها إلا بإذنها ، فكذلك الإيلاء ، حتى لو نسي الفيء وانقضت المدة ، لوقع الطلاق . والله أعلم .

(٢) إذا امتنع المولي من الفيئة بعد التربص ، أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره ، أمر بالطلاق ، فإن طلق ، فبما أوقعه ، واحدة كانت ، أو أكثر ، وإن امتنع =

في الطلاق للمصلحة ،فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال : لا يقع طلاق إلا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

* * *

المسألة السابعة : وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكًا يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولي الشافعي ، وهذا القول هو الذي اختاره المزني . وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين [1] .

= من الطلاق ، طلق عليه الحاكم ، وهو قول مالك ، وهي رواية عن أحمد . والرواية الثانية : أنه ليس للحاكم الطلاق عليه ، ولكن له أن يحبسه ، ويضيق عليه حتى يفيء ، أو يطلق .

وللشافعي قولان كالروايتين عن أحمد .

وقال الظاهرية : لا يجوز لحاكم ، ولا غيره أن يطلق على غيره .

وقال أحمد : للحاكم أن يطلق عليه ثلاثاً ، أو اثنتين ، أو واحدة ، فإن الحاكم يقوم مقامه . وقال الشافعي : ليس له إلا واحدة . انظر (القرطبي ١٠٩/٣) وانظر (المغني ٣٣٠/٧) و (المحلى ١١/ ٢٥٠) .

(١) قال ابن قدامة :

إذا أبان المولي زوجته ، انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ ، أو طلاق ثلاث ، أو بخُلع ، أو بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعي ، لأنها صارت أجنبية منه ، ولم يبق شيء من أحكام نكاحها ، فإن عاد ، فتزوجها ، عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها ، واستؤنفت المدةُ حينئذ ، فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون ، لم يثبت حكم الإيلاء ، لأن مدة التربص أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، تربص أربعة أشهر ، ثم وقف لها ، فإما أن يفيء ، أو يطلق ، وإن لم يطلق ، طلق عليه الحاكم ، وهذا قول مالك ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة : إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ، ثم نكحها ، عاد الإيلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق ، لم يعد الإيلاء ، لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية .

والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء . وذلك أنه لا إيلاء في الشرع إلا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ، ولكن إنْ راعينا هذا وُجِدَ الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء .

* * *

المسألة الثامنة : وأما هل تلزم الزوجة المولَى منها عِدّةٌ أو ليس تلزمها ؟ فإن الجمهور على أن العدة تَلْزَمُها ، وقال جابر بن زيد : لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة الأشهر ثلاثَ حِيَضٍ . وقال بقوله طائفة ، وهو مروي عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرَّحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مُطَلَّقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات [١] .

وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة . فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

* * *

= ومذهب الشافعي : إذا طلقها في مدة التربص ، انقطعت المدة ، ولم يسقط الإيلاء ، فإن راجعها ، وقد بقيت مدة التربص ، استؤنفت المدة ، فإن وطئها ، حنث في اليمين ، وسقط الإيلاء . وقال ابن المنذر : لا يعود حكم الإيلاء بحال . وحجة أصحاب القول الأول : أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها ، فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق . وفارق الإيلاء من الأجنبية ، فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف هذه المسئلة . انظر (المغني ٧/ ٢٣٥) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/٣١٠) لمذهب أبي حنيفه . و (بدائع الصنائع ٤/١٩٦٩) وانظر (المهذب مع المجموع ١٦/ ٨١) لمذهب الشافعي .

(١) ولعل الحق مع ابن عباس ، وجابر بن زيد ، لأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وهذه قد برىء رحمها بمضي الأربعة الأشهر ولم يجامعها زوجها طوال هذه المدة ، فقد برىء رحمها من الحمل . والله أعلم .

المسألة التاسعة : وأما إيلاء العبد ، فإن مالكاً قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياساً على حدوده وطلاقه . وقال الشافعي وأهل الظاهر : إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكاً بالعموم . والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياساً أيضاً على مدة العِنِّين ، وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبداً ، وإن كانت أمة فعلى النصف[1] . وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر ، لأن الفاحشة منه أقل قبحاً ، ومن الحر أعظم قبحاً ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدةً أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية .

والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل عن إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ، وقال أبو حنيفة : ينتقل ، فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ، وقال ابن القاسم :

---

(١) إيلاء العبد من زوجته كإيلاء الحر عند الشافعي ، وأحمد ، وأبي ثور ، وحجتهم ظاهر قوله تعالى : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم** ﴾ فكان ذلك لجميع الأزواج . قال ابن المنذر : وبه أقول .
وقال مالك ، والزهري ، وعطاء بن أبي رباح ، وإسحق : أجله شهران .
وقال الحسن ، والنخعي : إيلاؤه من زوجته الأمة شهران ، ومن الحرة أربعة أشهر ، وهو قول أبي حنيفة .
وقال الشعبي : إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة . انظر (القرطبي ٣/ ١٠٧) وانظر (الكافي ١/ ٤٩٦) لمذهب مالك . وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣٠٦) لمذهب أبي حنيفة .
والحق إنْ شاء الله مع أصحاب القول الأول : وهو أن إيلاء العبد كالحر .

الصغيرة التي لا يُجامَعُ مثلُها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ، وقال أيضاً لا إيلاء على خَصِيٍّ ولا على من لا يَقْدِرُ على الجماع (١) .

* * *

المسألة العاشرة : وأما هل من شرط رجعة المُولي أن يطأ في العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ، وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر : مَرَضٍ أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ، ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها في العدة أو لا يعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ، أعني تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلاً إلا على مذهب من يرى أن الإيلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ، وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طُلِّقَ عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتُها بيساره (٢) .

---

(١) عند مالك يلزم إيلاء السكران ، والسفيه ، والمولى عليه ، إذا كان بالغاً غير مجنون ، وكذلك الخصي ، إذا لم يكن مجبوباً ، والشيخ إذا كان فيه بقية نشاط ، وكذلك الأخرس . انظر (الكافي ١/ ٤٩٥) لمذهب مالك . وهو مذهب الشافعي وأحمد .

ولا يصح عندهم إيلاء المجبوب ، وقال أبو حنيفة : إيلاؤه صحيح ، وأجازه من الحنابلة ابن قدامة . انظر (المجموع ١٦/ ٥٠) و (المغني ٧/ ٣١٤) .

(٢) انظر في ذلك (المحلى ١١/ ٢٥٠) قال الشافعي : له أن يراجعها ما دامت في عدتها ، فإن وطئها ، فذلك سقوط الإيلاء ، وإن لم يطأها ، عاد عليه التوقيف أربعة أشهر من ذي قبل ، فإن فاء ، وإلا طلق عليه الحاكم ، ثم له أن يراجعها ، فإن وطئها ، سقط الإيلاء ، وإلا عاد =

= عليه التوقيف أربعة أشهر ، ثم يطلق عليه الحاكم . وتحرم عليه إلا بعد زوج . وقال مالك : له أن يراجعها ، فإن وطئها ، سقط عنه الإيلاء ، وإن لم يطأها ، بانت عنه عند تمام عدتها من طلاق الحاكم . (انظر الأم ٥/ ٢٥٨) . وهناك مسائل فات المؤلف ذكرها ، ونذكرها لزيادة الفائدة : منها إيلاء الذمي ، إذا تقاضى للمسلمين ، فيصح إيلاؤه ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وإذا أسلم لم ينقطع حكم إيلائه .

وقال مالك : إن أسلم ، سقط حكم يمينه . انظر (المغني ٧/ ٣١٤) كذلك يصح الإيلاء من الزوجة الذميّة ، وهو قول النخعي ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد .

كذلك يصح الإيلاء من الزوجة سواء كان قبل الدخول ، أو بعده ، وهو قول النخعي ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد . وقال عطاء ، والزهري ، والثوري : إنما يصح الإيلاء بعد الدخول . انظر (المغني ٣١٣/٧) .

أما هل يشترط أن يكون الإيلاء في حالة غضب ؟ فإن ابن عباس قال : لا إيلاء إلا بغضب ، وروي ذلك عن عليّ في المشهور عنه ، وبه قال الليث والشعبي ، والحسن ، وعطاء . كلهم يقولون : لا يكون الإيلاء إلا على وجه مغاضبة ومشادة ، ومناكدة .

وقال ابن مسعود : الإيلاء يقع سواء كان في حالة غضب ، أو غيره . وبه قال ابن سيرين ، والثوري ، ومالك ، وأهل العراق ، والشافعي ، وأصحابه ، وأحمد . إلا أن مالكاً قال : ما لم يرد إصلاح ولد ، قال ابن المنذر : وهذا أصح .

قال القرطبي : يدل على عمومه القرآن ، وتخصيصه في حالة غضب يحتاج إلى دليل ، ولا يؤخذ من وجه يلزم . انظر (القرطبي ١٠٦/٣) و (المغني ٣١٥/٧) أما الكفارة في الإيلاء ، فإن مالكاً ، والشافعي ، وأبا حنيفة ، وأحمد قالوا : إذا فاء بجماع امرأته ، لزمته الكفارة . وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن زيد ، وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين ، والنخعي ، والثوري ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر .

وقال الحسن : لا كفارة عليه ، وهو قول للشافعي . وبه قال النخعي . قال النخعي : كانوا يقولون : إذا فاء لا كفارة عليه . وقال إسحق : قال بعض أهل التأويل في قوله تعالى : ﴿ فإن فاءوا ﴾ يعني لليمين التي حنثوا فيها . وهو مذهب في الأيمان لبعض التابعين فين حلف على بر ، أو تقوى ، أو باب من الخير ألا يفعله ، فإنه يفعله ، ولا كفارة عليه . والحجة له قوله تعالى : ﴿ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ﴾ ولم يذكر كفارة ، وأيضاً فإن هذا يتركب على أن لغو اليمين ما حلف على معصية ، وترك وطء الزوجة معصية .

قال القرطبي : وقد يستدل لهذا القول من السنة بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « من حلف على يمين ، فرأى غيرها خيراً منها ، فليتركها ، فإن تركها كفارتها » خرجه ابن ماجة في سننه ، وحجة الجمهور قوله ﷺ « إذا حلفت على يمين ، فرأيت غيرها خيراً =

فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .

* * *

= منها ، فأْتِ الذي هو خير ، وكَفِّر عن يمينك » متفق عليه .
فإذا كفر عن يمينه سقط عنه الإيلاء عند المالكية .
قال القرطبي : وفي ذلك دليل على تقديم الكفارة على الحنث عند مالك وهو إجماع في مسألة الإيلاء ، ودليل على أبي حنيفة في مسألة الأيمان : إذ لا يرى جواز تقديم الكفارة على الحنث كما نقله عنهم ابن العربي . انظر (القرطبي ١١٠/٣) و (المغني ٣٢٤/٧) وانظر (سبل السلام ١٨٢/٣) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليمًا

كتاب الظِّهار

كِتابُ الظِّهار *

والأصل في الظهار : الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ والّذينَ يُظاهِرُون من نِّسائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قالوا فتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (١) الآية . وأما السنة فحديث خَوْلَة بنت مالك بن ثعلبة قال « ظاهَرَ مني زوجي أُوَيْس بن الصامت ، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ، ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتّقي الله فإنه ابن عمك ، فما خَرَجْتُ حتى أنزل الله ﴿ قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ التي تُجادِلُكَ في زَوْجِها وَتَشْتَكي إلى اللهِ واللهُ يَسْمَعُ تَحاوُرَكُما ﴾ (٢) الآيات ، فقال : لِيُعْتِقْ رقبةً ، قالت : لا يجد ، قال : فيصوم شهرين متتابِعَيْن ، قالت : يارسول الله .. إنه شيخ كبير ما به صيام ، قال : فَلْيُطْعِم ستين مسكيناً . قالت : ما عنده من شئ يتصدق به ، قال فإني سأعينه بِعَرْقٍ من تمر . قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال أحسنت .. اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينًا » خرجه أبو داود . وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ (٣) .

---

* الظهار : مشتق من الظَّهْر ، وإنما خصّوا الظَّهْر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كل مركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب ، فشبهوا الزوجة بذلك .

(١) المجادلة آية ٢ .

(٢) المجادلة آية ١ .

(٣) حديث خَوْلَة بنت مالك ، قال الحافظ : رواه الحاكم ، وابن ماجة من حديث عروة عن عائشة ، فذكر الحديث ، وفي آخره ، وزوجها ابن الصامت .
وأصله في البخاري من هذا الوجه إلا أنه لم يسمها ، ورواه أبو داود من رواية يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظَاهَرَ مني زوجي أوس بن الصامت ، فذكر الحديث ، ورواه الحاكم أيضاً ، وأبو داود من رواية عروة أيضاً من وجه آخر عنه عن عائشة قالت : كانت جميلة امرأة أوس بن الصامت ، وكان امرءاً به لَمَم . فإذا اشتد به لَمَمُه ظاهَرَ =

والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألفاظ الظهار ، ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه ، ومنها فيمن يصح فيه الظهار ، ومنها فيما يحرم على المظاهِر ، ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟ ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟ . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

= من امرأته ، وفي رواية لأبي داود عن عطاء عن أوس بن الصامت أخي عبادة ، فذكر طرفاً منه ، وقال : هذا مرسل ، لم يدركه عطاء ، وفي تفسير ابن أبي حاتم : خولة بنت الصامت ، وهو وَهْم ، والصواب زوج ابن الصامت ، ورجح غير واحد أنها خولة بنت ثعلبة ، وروى الطبراني في الكبير ، والبيهقي من حديث ابن عباس ، أن المرأة خويلة بنت خويلد ، وفي إسناده أبو حمزة الثالي : ضعيف . انظر (التلخيص ٣/ ٢٢٠) و (نيل الأوطار ٦/ ٩٤) قال النووي : خولة بنت مالك بن ثعلبة راوية كفارة الظهار ، وهي المجادلة ، ذكرها في المهذب ، هكذا وقع في بعض نسخ المهذب خولة بنت مالك بن ثعلبة ، وفي بعضها خويلة بزيادة ياء ، وهما مرويان ، ورواية أبي داود بالياء ، وفي بعض الروايات خولة بنت ثعلبة بن أصرم ، وفي بعضها خولة بنت ثعلبة بن مالك ، وفي بعضها خويلة بنت خويلد بالتصغير فيهما ، وهي أنصارية امرأة أوس بن الصامت رضي الله عنه ، ويقال فيها : أيضاً : جميلة بفتح الجيم كذا جاء في رواية لأبي داود ، والبيهقي ، وغيرهما . انظر (الأسماء والصفات ٣٤٢/٢) .

أما حديث سلمة بن صخر ، فنصه قال : « دخل رمضان ، فخفت أن أصيب امرأتي ، فظاهرت منها ، فانكشف لي شيء منها ليلة ، فوقعت عليها فقال لي رسول الله ﷺ حرر رقبة ، فقلت : ما أملك إلا رقبتي ، قال : فصم شهرين متتابعَيْنِ ، قلت : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال : أطعم فرقاً من تمر ستين مسكيناً » أخرجه أحمد والأربعة إلا النسائي ، وصححه ابن خزيمة ، وابن الجارود . وأعله عبد الحق بالانقطاع بين سليمان بن يسار ، وسَلَمة ، لأن سليمان لم يدرك سلمة ، حكى ذلك الترمذي عن البخاري . انظر (سبل السلام ٣/ ١٨٥) .

وراوى الحديث هو سلمة بن صخر البياضي (بفتح الباء ، وتخفيف الياء) أنصاري خزرجي ، كان أحد البكّائين . روى عنه سليمان بن يسار ، وابن المسيب ، قال البخاري : لا يصح حديثه هذا .

الفصل الأول

في ألفاظ الظهار

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت عليَّ كَظَهْرِ أُمِّي أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضواً غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ، وقال جماعة من العلماء : لا يكون ظهاراً إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه .

وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوي فيه الأم وغيرها من المحرمات ، والظهر وغيره من الأعضاء ، وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضي أن لا يسمى ظهاراً إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هي علي كأمي ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعي : ينوي في ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ، وقال مالك : هو ظهار .

وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تَحْرُمُ عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعن ابن الماجشون : ليس بظهار . وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟ [١] .

* * *

(١) أما المسئلة الأولى ، وهي إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه ، أو عضواً من أعضائها ، فعند مالك ، والشافعي ، وأحمد أنه مظاهر ، فلو قال : فرجك ، أو ظهرك ، أو رأسك ، أو جلدك عليّ كظهر أمّي ، أو بدنها ، أو رأسها ، فإنه يكون بذلك مظاهراً ، وقال أبو حنيفة : لا يكون مظاهراً بذلك ، إلا إذا كان العضو لا يجوز النظر إليه : فهو ظهار : نحو البطن ، والفَخِذ ، والفَرْج .

=

= وعن أحمد رواية أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته . فإن قال : كشعر أمي ، أو سنها ، أو ظفرها ، أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه ، أو بعضو من أعضائها الثلاثة ، لم يكن مظاهراً انظر (المغني ٧/ ٣٤٦) وانظر (القرطبي ١٧/ ٢٧٤) وانظر (المجموع ١٦/ ١١٠) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣١٧) لمذهب أبي حنيفة .

وأما إذا قال : هي على كأمّي ، ولم يذكر الظهر ، أو مثل أمي ، ونوى به الظهار ، فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم : أبو حنيفة ، وصاحباه ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد .

وقال مالك : إن نوى الظهار ، فله نيته ، وإن أراد الطلاق كان مطلقاً البتة ، وإن لم يكن له نية في طلاق ، ولا ظهار ، كان مظاهراً . وقال أبو بكر من الحنابلة : هو صريح في الظهار ، وهو قول محمد بن الحسن . وقال ابن أبي موسى : فيه روايتان : أظهرهما : أنه ليس بظهار حتى ينويه ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي .

وإن نوى به الكرامة ، والتوقير ، أو أنها مثلها في الكبر ، أو في الصفة ، فليس بظهار ، والقول قوله في نيته . انظر (القرطبي ١٧/ ٢٧٤) و (المغني ٣٤٢/٧) .

أما إذا قال : أنت علي كظهر ابنتي ، أو أختي ، أو غير ذلك من المحارم ، فعند أكثر العلماء أنه مظاهر كذلك ، وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة وأحمد ، وهو قول الحسن ، وعطاء ، وجابر ابن زيد ، والنخعي ، والزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وهو جديد قولي الشافعي . وقال في القديم : لا يكون ظهاراً ، إلا بأم ، أو جدة ، لأنها أم أيضاً ، حيث ورد به القرآن .

أما إذا شبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات ، والخالات من الرضاعة ، وحلائل الآباء ، والأبناء ، وأمهات النساء ، والربائب ، فهو ظهار ، والخلاف فيه كالخلاف فيما تقدم من المحرّمات .

أما إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته ، وعمتها وخالتها ، أو الأجنبية ، فعن أحمد روايتان : **إحداهما** : أنه ظهار ، وهو اختيار الخرقي ، وقول أصحاب مالك .

والثانية : ليس بظهار ، وهو مذهب الشافعي ، لأنها غير محرمة . أما إذا شبهها بظهر أبيه ، أو غيره من الرجال ، أو قال : كظهر البهيمة ، أو كالميتة ، والدم ، ففي ذلك كله روايتان : **إحداهما** : أنه ظهار ، **والثانية** : ليس بظهار . وهو قول أكثر العلماء ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين عن أحمد . انظر (المغني ٧/ ٣٤٠) و(القرطبي ١٧/ ١٧٥) .

الفصل الثاني

في شُروطِ وُجُوبِ الكَفّارَةِ فيهِ

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لا تجب دون العَوْد ، وشذ مجاهد وطاوس فقالا : [١] تجب دون العَوْد ، ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ والّذِينَ يُظاهِرُونَ مِن نِّسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودونَ لما قالوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٢] وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضاً فمن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة في اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمحافظة أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر في الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيهاً بكفارة القتل والفِطْر ، وأيضاً قالوا : إنه طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة [٣] وهو معنى قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودون لما قالوا ﴾ والعَوْدُ عندهم هو العَوْدُ في الإسلام .

---

(١) في نسخة « دار الفكر » و « دار الكتب الإسلامية » و (دار المعرفة) (فقالا : لا تجب دون العود) والصواب : (فقالا : تجب دون العود) .

(٢) المجادلة آية ٣ .

(٣) الكفارة لا تجب بمجرد الظهار عند الجمهور ، فلو مات أحدهما ، أو فارقها قبل العود ، فلا كفارة عليه ، وهو قول عطاء ، والنخعي ، والأوزاعي والحسن ، والثوري ، ومالك ، وأبي عبيد ، وأبي حنيفة ، والشافعي وأحمد .

وقال طاوس ، ومجاهد ، والشَّعْبي ، والزُّهْري ، وقتادة ، عليه الكفارة بمجرد الظهار ، لأنه سبب للكفارة ، وقد وُجِدَ ، ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر ، والزور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار ودليل الجمهور ﴿ والّذِينَ يُظاهِرُونَ مِن نِّسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودونَ لما قالوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ فأوجب الكفارة بأمرين : ظِهار ، وعَوْد ، فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين ، فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان .

والغريب في الأمر أن الشوكاني نقل الإجماع أن الكفارة تجب بعد العود ، مع أن طاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، والزهري ، وقتادة يقولون : إن عليه الكفارة بمجرد الظهار . انظر (نيل الأوطار ٦/ ٢٩٤) .

=

فأما القائلون باشتراط العود في إيجاب الكفارة ، فإنهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : **إحداهن** : أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معاً . **والثانية** : أن يعزم على وطئها فقط ، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، **والرواية الثالثة** : أن العَوْدَ هو نفس الوطء . وهي أضعف الروايات عند أصحابه . وقال الشافعي : العود هو الإمساك نفسه . قال : ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن إقامته زماناً يمكن

= قال القرطبي عند قوله ﴿ **ثم يعودون لما قالوا** ﴾ : وهذا يدل على أن الكفارة لا تلزم بالقول خاصة حتى ينضم إليه العود ، وهذا حرف مشكل ، اختلف فيه الناس على سبعة أقوال .

الأول : أنه العزم على الوطء ، وهو مشهور قول أبي حنيفة ، وأصحابه . وروي عن مالك : فإن عزم على وطئها كان عوداً ، وإن لم يعزم لم يكون عوداً . وقد أنكر أحمد هذا .

الثاني : العزم على الإمساك بعد التظاهر منها . قاله مالك .

الثالث : العزم عليهما ، وهو قول مالك في موطئه .

الرابع : أنه الوطء نفسه ، فإن لم يطأ ، لم يكن عوداً ، قاله الحسن ، ومالك أيضاً ، وهو قول الزهري ، وأحمد .

الخامس : وهو قول الشافعي ، هو أن يُمسكها زوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق ، لأنه لما ظاهر ، قصد التحريم ، فإن وصل به الطلاق ، فقد جرى على خلاف ما ابتدأه ، ولا كفارة عليه ، وإن أمسك عن الطلاق ، فقد عاد إلى ما كان عليه ، فتجب عليه الكفارة .

السادس : أن الظهار يوجب تحريماً ، لا يرفعه إلا الكفارة ، ومعنى العود عند القائلين بهذا أنه لا يستبيح وطأها إلا بكفارة يقدمها . قاله أبو حنيفة ، وأصحابه ، والليث بن سعد .

السابع : هو تكرير الظهار بلفظه ، وهذا قول أهل الظاهر النافين للقياس ، قالوا : إذا كرر اللفظ بالظهار ، فهو العود ، وإن لم يكرر ، فليس بعود ، ويُسند ذلك إلى بكير بن الأشج ، وأبي العالية . قال أبو العالية : وظاهر الآية يشهد له . وروي ذلك عن ابن عباس . قال ابن العربي : فأما القول بأنه العود إلى لفظ الظهار ، فهو باطل قطعاً لا يصح عن بكير .

وقال بعض أهل التأويل : الآية فيها تقديم ، وتأخير ، ثم يعودون لما كانوا عليه من الجماع ، فتحرير رقبة لما قالوا ، أي فعليهم تحرير رقبة من أجل ما قالوا . فالجار والمجرور متعلق بمحذوف الذي هو خبر الابتداء ، وهو عليهم . قاله الاخفش . انظر (المغني ٣٥٢/٧) و (القرطبي ١٧/ ٢٨٠) و (المجموع ١٢٢/١٦) و (نيل الأوطار) .

أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه ، أو هو دليل ذلك .

وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه . فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبني على أصلين : **أحدهما** : أن المفهوم من الظهار هو أن وجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء . وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي إما الوطء نفسه ، وإما العزم عليه وإرادته .

والأصل الثاني ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله تعالى في الآية : ﴿ **فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا** ﴾[1] ولذلك كان الوطء مُحَرَّماً حتى يُكَفِّرَ . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقاً . وبالجملة فالمعوَّل عليه عندهم في هذه المسألة هو الطريق الذي يُعَرِّفُه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود ، أو الوطء نفسه ، أو الإمساك نفسه ، أو إرادة الوطء . ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ، ولا يكون إرادة الإمساك للوطء ، فإن الإمساك موجود بعد ، فقد بقي أن يكون إرادة الوطء ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء ، فثبت أن العود هو الوطء .

ومعتمد الشافعية في إجرائهم الإمساك ، أو الإمساك للوطء مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء ، وجعلوا حكمها واحداً ، وهو قريب من الرواية الثانية ، وربما استدلت الشافعية على أن إرادة

---

(١) المجادلة : ٣ .

الإمساك هو السبب في وجوب الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلّق إثْرَ الظهار ، ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية ، فجعل العود هو إرادة الأمرين جميعاً : أعني الوطء والإمساك ، وأما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص ، والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين : أي كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شَبَهٍ عارضه النص .

وأما داود فإنه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قالوا ﴾ وذلك يقتضي الرجوع إلى القول نفسه ، وعند أبي حنيفة أنه العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظِهارهم في الجاهلية : وعند مالك والشافعي أن المعنى في الآية : « ثم يعودون فيما قالوا » . وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ، فمن اعتمد المفهوم جعل العودة إرادة الوطء أو الإمساك ، وتأوّل معنى اللام في قوله تعالى : ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ بمعنى الفاء ، وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هي ثانية للأولى التي كانت منهم في الجاهلية . ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أنْ يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد ، إلا أن يُقَدِّرَ في الآية محذوفًا وهو إرادة الإمساك ، فهنا إذن ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هي تكرار اللفظ ، وإما أن تكون إرادة الإمساك ، وإما أن تكون العودة التي هي في الإسلام ، وهذان ينقسمان قسمين : أعني الأول والثالث : أحدهما : أن يقدر في الآية محذوفًا ، وهو إرادة الإمساك فيشترط هذه الإرادة في وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار .

واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو : هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا ؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد الإمساك بزمان

طويل على ما يراه الشافعي . وحكي عن عثمان البتي أن عليه الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة . وهذا شذوذ مخالف للنص [١] . والله أعلم .

* * *

(١) الكفارة لا تجب بمجرد الظهار ،فلو مات أحدهما ، أو فارقها قبل العود ، فلا كفارة عليه . وهذا قول عطاء ، والنخعي ، والأوزاعي ، والحسن ، والثوري ، ومالك ، وأبي عبيد ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . وقال طاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، والزهري ، وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار ، لأنه سبب للكفارة ، وقد وُجِدَ .
وقال الشافعي : متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها ، فلم يطلقها ، فعليه الكفارة ، لأن ذلك هو العود عنده . وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور . وقال قتادة : إن ماتت لم يرثها حتى يُكَفِّر . انظر (المغني ٧/ ٣٥١ ، ٣٥٢) وقد تقدم هذا قبل قليل .

الفصل الثالث

فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة ، واختلفوا في الظهار من الأَمَةِ ومن التي في غير العصمة ، وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثورى وجماعة : الظهارمنها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المُدَبَّرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لا ظهار من أمة ، وقال الأوزاعي : إنْ كان يطأ أمته فهو منها مظاهر ، وإنْ لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة [1] . فدليل من أوقع ظهار الأمة

---

(١) أما الظهار من الأمة ، فإن فيها كفارة تامة كالزوجة ، وهو مروي عن الحسن ، وعكرمة ، والنخعي ، وعمرو بن دينار ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، وقتادة ، والحكم ، والثوري ، ومالك .

وقال بعضهم : لا يصح الظهار من أمته ، ولا أم ولده ، روي ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وسعيد بن المسيب ، ومجاهد ، والشعبي ، وربيعة ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه وأحمد .

وعن الحسن ، والأوزاعي : إن كان يطؤها ، فهو ظهار ، وإلا فلا .

وقال عطاء : عليه نصف كفارة الحر ، لأن الأمة على النصف من الحرة في كثير من الأحكام .

انظر (المغني ٧/ ٣٤٨) و(القرطبي ١٧/ ٢٥٧) قال القرطبي ـ نقلاً عن ابن العربي ـ : قوله : وهي مسئلة عسيرة جداً علينا ، لأن مالكاً يقول : إذا قال لأمته : أنت عليّ حرام ، لا يلزم ، فكيف يبطل فيها صريح التحريم ، وتصح كنايته . ولكن تدخل الأمة في عموم قوله (من نسائهم) لأنه أراد من محلّلاتهم .

أما الظهار من التي في غير عصمته ، فيلزم الظهار منها عند مالك ، وأحمد ، ويروى نحو هذا عن عمر رضي الله عنه . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، وعطاء ، والحسن ، ومالك ، وإسحق .

وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي : لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج ، ويروى ذلك عن ابن عباس . انظر (القرطبي ١٧/ ٢٧٦) و (المغني ٧/ ٣٥٤) وهو ما نختاره ، لأنها ليست في =

عموم قوله تعالى : ﴿ والّذِينَ يُظاهِرُونَ مِن نِّسائهم ﴾[١] والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهارًا أنهم قد أجمعوا أن النساء في قوله تعالى : ﴿ لِلّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسائِهِم تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[٢] هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء في آية الظهار .

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعني تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعني أن عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهَرِ منها في العصمة أم لا ؟ فمذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن مَنْ عَيَّنَ امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إنْ لم يعين وقال : كل امرأة أتزوجها فهي منى كظهر أمي ، وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي ، وقال قائلون : لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود ، وفرق قوم فقالوا : إنْ أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، فإن قَيَّدَ لزمه وهو أن يقول : إنْ تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن

= عصمته ، فكيف يحق له ذلك ؟ أما ظهار المرأة من الرجل ، فإنه ليس على النساء تظاهر ، قال ابن عبد البر : ليس على النساء ظهار في قول جمهور العلماء . وقال الحسن بن زياد : هي مظاهرة ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة ومحمد : ليس ظهار المرأة من الرجل بشيء ، قبل النكاح كان ، أو بعده . وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : إذا قالت المرأة لزوجها : أنت علي كظهر أمي فلانة ، فهي يمين تكفرها ، وكذلك قال إسحق .

وقال الزهري : أرى أن تكفر كفارة ظهار . وهو قول أبي يوسف . وقال محمد بن الحسن : لا شيء عليها . انظر (القرطبي ١٧/ ٢٧٦) و (المغني ٣٨٤/٧) .

(١) المجادلة آية ٣ .

(٢) البقرة آية ٢٢٦ .

أبي ليلى والحسن بن حي .

ودليل الفريق الأول قوله تعالى : ﴿ **أَوْفُوا بالعُقود** ﴾ [١] ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم ، وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « لا طلاق إلا فيما يملك ولا عِتْق إلا فيما يملك ، ولا بيع إلا فيما يملك ، ولا وفاء بنذر إلا فيما يملك » خرجه أبو داود والترمذي . والظهار شبيه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس [٢] .

وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وما جَعَلَ عَلَيْكُمْ في الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾ [٣] .

واختلفوا أيضاً من هذا الباب في : هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال : **أشهرها** : أنه لا يكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعي . **والثاني** : أن عليها كفارة يمين . **والثالث** : أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهًا للظهار باليمين ، ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها في ذلك المعنى هو كفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأشياء في هذا المعنى .

* * *

---

(١) المائدة آية ١ .

(٢) الحديث رواه أحمد ، وأصحاب السنن الأربعة ، والبزار ، والبيهقي . وقد تقدم .

(٣) الحج آية ٧٨ .

الفصل الرابع

فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء [١] . واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفَرْج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إنما كَرِهَ النظرَ للفَرْج فقط ، وقال الشافعي : إنما يحرم الظهارُ الوطء في الفرج فقط المجمع [٢] عليه لا ما عدا ذلك ، وبه قال الثوري وأحمد وجماعة .

ودليل مالك قوله تعالى : ﴿ مِن قَبْلِ أن يَتَمَاسَّا ﴾ [٣] وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضاً لفظ حرمت به عليه فأشبه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لأنها إمّا أن تدل على ما فوق الجماع ، وإمّا أن تدل على الجماع ، وهي الدلالة المجازية ، ولكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة

---

(١) التلذذ بما دون الجماع من القبلة ، واللمس ، والمباشرة فيما دون الفرح يحرم عند مالك ، والزهري ، والأوزاعي ، وأبي عبيد ، وأبي حنيفة ، وروي ذلك عن النخعي ، وهو أحد قولي الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة .
وقال جماعة : لا يحرم ، وهو قول الثوري ، وإسحق ، وحكي عن مالك ، وهو القول الثاني للشافعي ، والرواية الثانية عن أحمد . انظر (المغني ٧/ ٣٤٨) و (المجموع ١٦/ ١٣٠) و (بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣٢) لمذهب أبي حنيفة .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (المجتمع عليه) والصواب ما أثبتناه .

(٣) المجادلة آية ٣ .

المجازية ، إذ لا يدل لفظ واحد دلالتين : حقيقةً ومجازاً . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعًا : أعني الحقيقة والمجاز ، وإنْ كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به في غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه تَصرفًا لجاز ، وأيضًا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفَرْج .

* * *

الفصل الخامس

هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق : أعني إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يُكَفِّرَ ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يُكَفِّرَ ؟ فيه خلاف . قال مالك : إنْ طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعي : إنْ راجعها في العدة فعليه الكفارة ، وإنْ راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه ، وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسألة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟ [1] .

وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لا يهدمها ؟ فمنهم من رأى أن البائن الذي هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لا يهدم ، ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

* * *

---

(١) إذا طلق من ظاهر منها ، ثم تزوجها ، لم يحل له وطؤها حتى يُكَفِّرَ ، سواء كان الطلاق ثلاثاً ، أو أقل منه ، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر ، أو قبله . نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء ، والحسن ، والزهري ، والنخعي ، ومالك ، وأبي عبيد ، وأبي حنيفة .

وقال قتادة : إذا بانت سقط الظهار ، فإذا عاد ، فنكحها ، فلا كفارة عليه ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، وقول ثالث : إن كانت البينونة بالثلاث ، لم يعد الظهار ، وإلا عاد ، وبناه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني . انظر (المغني ٧/ ٣٥٢) و (المجموع ١٦/ ١٢٥) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣١٩) .

الفصل السادس

في دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضاراً ، وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضاً اختلافًا ، فأبو حنيفة والشافعي يقولان : لا يتداخل الحُكْمان ، لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ، وسواء أكان عندهم مضاراً أو لم يكن ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارّاً وقال الثوري : يدخل الإيلاء على الظهار ، وَتَبِينُ منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول انه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لا يدخل بإطلاق ، وقول أنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها [1] . وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ، فمن اعتبر الظاهر قال : لا يتداخلان ، ومن اعتبر المعنى قال : يتداخلان إذا كان القصد الضرر .

* * *

---

(١) انظر (المدونة ٢/ ٣٠٤) لمذهب مالك في إدخال الإيلاء على الظهار ، وبالعكس ، وأنه يَثْبُتُ إيلاءً ، وظهاراً ، إذا كان بذلك مضاراً لها .

وانظر لمذهب الشافعي (مختصر المزني ٤/ ١١٨) بهامش الأم في أن الظهار لا يدخل على الإيلاء ، ولا الإيلاء يدخل على الظهار .

الفصل السابع

في أحكام كفارة الظهار

والنظر في كفارة الظهار في أشياء ، منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها ، وشروط نوع منها : أعني الشروط المصححة . ومتى تجب كفارة واحدة ، ومتى تجب أكثر من واحدة ؟ فأما أنواعها فإنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع : إعتاق رقبة . أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينًا ، وأنها على الترتيب ، فالإعتاق أولاً ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا في الحر ، واختلفوا في العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذي يبدأ به الصيام أعني إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إنْ أذن له سيده : أبو ثور وداود ، وأبى ذلك سائر العلماء [1] . وأما الإطعام فأجازه له مالك إنْ أطعم بإذن سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ، ومبنى الخلاف في هذه المسألة هل يملك العبد أو لا يملك ؟

وأما اختلافهم في الشروط المصححة : فمنها اختلافهم إذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يستأنف

---

(١) قال بعض العلماء : لا يجوز للعبد غير الصيام . سواء أذن له سيده في التكفير بالعتق ، أو لم يأذن . وحكي هذا عن الحسن ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وهي رواية عن أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة .

وعن أحمد رواية أخرى : إن أذن له سيده في التكفير بالمال ، جاز ؛ وهو مذهب الأوزاعي ، وأبي ثور ، لأنه بإذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال ، فجاز ذلك كالحر . فعلى هذه الرواية : يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام . وهل له العتق ؟ على روايتين عن أحمد :

إحداهما : يجوز له العتق ، وهو قول الأوزاعي ، واختارها أبو بكر من الحنابلة .

والثانية : لا يجوز ، ويجوز له الإطعام . وحكى هذا عن مالك ، ومذهب طاوس ، والظاهرية كالحر ، فله العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام . انظر (المغني ٧/ ٣٧٩) و (نيل الأوطار ٦/ ٢٩٢) و (المحلى ١١/ ٢٦٥) .

الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ، ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان ، وقال الشافعي لا يستأنف على حال [١] .

وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار : أعني أن تكون قبل المسيس ، فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف الصوم ، ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لا يستأنف ، لأن الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا ؟ فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الإجزاء ، وقال أبو حنيفة : يجزئ في ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزئ عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة [٢] . ودليل الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القُرْبة فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق في كفارة القتل ، وربما قالوا إن هذا ليس من باب القياس ، وإنما هو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد . وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف ، والحنفية لا يجيزونه ، وذلك أن الأسباب في القضيتين مختلفة .

وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كُلٌّ على لفظه .

---

(١) إذا وطئها في صيام الشهرين ليلاً ، فإنه يفسد ما مضى من صيامه ويبتدئ الشهرين ، وبهذا قال مالك ، والثوري ، وأبو عبيد . وأحمد ، وأصحاب الرأي .

وروى الأثرم عن أحمد : أن التتابع لا ينقطع بهذا ، ويبني ، وهو مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . انظر (المغني ٧/ ٣٦٧) . والحق مع أصحاب القول الثاني . والله أعلم .

(٢) لا يجزؤه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر الكفارات ، وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق ، وأبي عبيد وهو ظاهر مذهب أحمد .

وعن أحمد رواية ثانية : أنه يجزئ فيا عدا كفارة القتل من الظهار ، وغيره عتق رقبة ذمية ، وهو قول عطاء ، والنخعي ، والثوري ، وأبي ثور ، وأبي حنيفة ، وابن المنذر . انظر (المغني ٧/ ٣٥٩) و (القرطبي ١٧/ ٢٨٢) و (نيل الأوطار ٦/ ٢٩٢) .

ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إنْ كانت سليمة فمن أي العيوب تشترط سلامتها ؟ فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثيرًا في منع إجزاء العتق ، وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك ، وحجة الجمهور تشبيهها بالأضاحي والهدايا لكون القُرْبة تجمعها . وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية . فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا إنَّ للعيوب تأثيرًا في منع الإجزاء اختلفوا في عَيْبٍ عَيْبٍ مما يعتبر في الإجزاء أو عدمه .

أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ، فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازه أبو حنيفة ، ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعور فقال مالك : لا يجزئ ، وقال عبد الملك : يجزئ : وأما قطع الأذنين فقال مالك : لا يجزئ ، وقال أصحاب الشافعي : يجزئ .

وأما الأصم فاختلف فيه في مذهب مالك ، فقيل يجزئ . وقيل لا يجزئ . وأما الأخرس فلا يُجزئ عند مالك ، وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزئ . أما الخَصِيّ فقال ابن القاسم : لا يعجبني الخَصِيّ ، وقال غيره لا يُجزئ ، وقال الشافعي : يجزئ . وإعتاق الصغير جائز في قوله عامة فقهاء الأمصار ، وحكي عن بعض المتقدمين مَنْعُه . والعَرَجُ الخفيف في المذهب يجزئ ، أما البين العرج فلا [1] .

---

(١) العيوب التي تمنع العتق بالرقبة عند أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد : العمى ، المقعد ، مقطوع اليدين ، مقطوع الرجلين ، المجنون جنوناً مطبقاً . وبه قال أبو ثور .

وقال الشافعي ، وأحمد : لا يجزىء مقطوع أحد اليدين ، وأحد الرجلين ولا أشلها ، ولا مقطوع إبهام اليد ، أو سبابتها ، أو الوسطى . وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع إحدى اليدين ، أو إحدى الرجلين ، ولو قطعت يده ، ورجله جميعاً من خلاف أجزأت . لأن منفعة الجنس باقية ، فأجزأت في الكفارة كالأعور ، وأما إن قطعتا من جانب واحد ، لم يجزىء ، لأن منفعة الشيء تذهب ، ويجزىء الأعور في قولهم جميعاً .

=

والسبب في اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القُرْبة ، وليس له أصل في الشرع إلا الضحايا . وكذلك لا يجزئ في المذهب ما فيه شَرِكَة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[1] والتحرير هو ابتداء الإعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا إعتاقاً ، وكذلك الشركة لأن بعض الرقبة ليس برقبة .

وقالوا أبو حنيفة : إنْ كان المُكَاتَبُ أدى شيئًا من مال الكِتابة لم يجز وإنْ كان لم يؤد جاز ، واختلفوا هل يجزيه عتق مُدَبَّره ؟ فقال مالك : لا يجزيه تشبيهاً بالكتابة لأنه عَقْدٌ ليس له حَلَّةٌ ، وقال الشافعي : يجزيه ، ولا يجزي عند مالك إعتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى . وأما عِتْق أم الولد فلأن عَقْدها آكَدُ من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنهما قد يطرأ عليهما الفسخ . أما في الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم . وأما التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق إلى أجل فإنه عَقْدُ عِتْق لا سبيل إلى حَلّه . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في إجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي : لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة

= ويجزىء مقطوع الأنف ، والأصم ، إذا فهم الإشارة ، والأخرس ، إذا فهمت إشارته ، وفهم بالإشارة عند الشافعي ، وأحمد ، وأبي ثور .

وقال أبو حنيفة : لا يجزىء ، لأن منفعة الجنس ذاهبة . وأما المريض ، فإن كان مرجو البرء كالحمى ، وما أشبهها ، أجزأ وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ، ونحوه ، لم يجزىء . انظر (المغني ٧/ ٣٦٠) وعند مالك لا يجزىء مقطوع اليد الواحدة ، ولا يجزىء مقطوع الأصبع أو الأصبعين عند ابن القاسم .

والأجذم لا يجزىء عند مالك ، وكذلك المجنون ، وكذلك الأبرص ، وكذلك الأخرس ، وكذلك الأعمى . ويكره الأصم ومقطوع الأذنين . انظر (المدونة ٢/ ٣١٣) وانظر (المجموع ١٦/ ١٣٢) لمذهب الشافعي ، وما بعدها . وانظر (الشرح الصغير) ٢/ ٦٤٦) لمذهب مالك .

(١) المجادلة آية ٣ .

من الرقبتين غير واجب عليه شراؤهـا وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فـإذا نوى بذلك التكفير جاز ، والمـالكيـة والشـافعيـة رأت أنـه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى إعتاقه فلا يجزيه ، فـأبو حنيفـة أقـام القصـد للشراء مقـام العتق ، وهؤلاء قـالوا : لابـد أن يكـون قـاصـداً للعتـق نفسـه ، فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتـق بـلازم الاختيـار ، فكأنـه معتـق على القصـد الثـاني ومشتر على القصـد الأول ، والآخر بالعكس [١] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالـك (المدونـة ٢/٣١٢) و (الكافي ١/٥٠٣) و (الشرح الصغير)
أما عتق المكاتب بالنسبة لمذهب أبي حنيفة ، فكما ذكر المؤلف . أما إذا أعتق المدبر ، أو أم الولـد عن الكفارة ، فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، ويجوز عنده عتق ذي رحم .
ولا يجوز عنده العبد المشترك . انظر (تحفـة الفقهـاء ٢/ ٥١٠) أمـا عنـد الشـافعي ، فلا يجزىء عتق المكاتب ، ولا أم الولـد (قولاً واحـداً) . ولا يجوز كـذلـك إن اشترى من يُعْتَـقُ عليـه من الأقارب ، ونوى عتقه عن الكفارة لم يُجْزِهِ . انظر (المهذب مع المجموع ١٦/ ١٣٤) .
أما عند أحمد ، فلا تجزىء الكفارة في أم الولد في ظاهر مذهبه ، وبه قال الأوزاعي ، ومالـك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو حنيفة . وعن أحمد رواية أنهـا تجزىء ، ويروى ذلـك عن الحسن ، وطاوس ، والنخعي ، وعثمان البتي .
أما المكاتب عند أحمد :
ففيه ثلاث روايات : **الأولى** : يجزىء مطلقاً ، وهو اختيـار أبي بكر من الحنـابلـة : وهو مـذهب أبي ثور .
والثانية : لا يجزىء مطلقاً ؛ وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد .
والثالثة : إن أدى من كتـابتـه شيئـاً ، لم يجزئـه ، وإلا أجزأه ، وبـه قـال الليث ، والأوزاعي ، وإسحق . قال القاضي : وهو الصحيح .
ويجزىء عند أحمد المدبَّر ، وهو قول طاوس ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر .
وقال الأوزاعي ، وأبو عبيد : لا يجزىء .
قال ابن قدامة : لا نعلم خلافاً في إجزاء الخَصِيّ . أمـا ولـد الزنـا ، فـإنـه يجزىء عنـد أكثر أهل العلم ، وروي ذلـك عن فضـالـة بن عبيـد ، وأبي هريرة . وبـه قـال ابن المسيب ، والحسن ، وطاوس ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأحمد ، وابن المنذر .
وروي عن عطاء ، والشعبي ، والنخعي ، والأوزاعي ، وحماد : أنـه لا يجزئ . انظر (المغني ٨/ ٧٥٠) وما بعدها .

واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نِصْفَيْ عبدَيْن . فقال مالك : لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي : يجوز لأنه في معنى الواحد [١] ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ . فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يَجْزي لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك في ذلك روايتان أشهرهما أن ذلك مُدٌّ بمد هشام لكل واحد ، وذلك مدّان بمُدّ النبي ﷺ ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي ﷺ ، وبه قال الشافعي [٢] . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالباً : أعني الغداء والعشاء ، ووجه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين . فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة .

---

(١) انظر لمذهب مالك (الشرح الصغير ٢/ ٦٤٧) . وقال أكثر أهل العلم : يجوز ، وهو قول أحمد ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أقوال ، فمنهم من قال بالجواز ، ومنهم من قال بعدم الجواز ، ومنهم من قال : إن كان نصف الرقيق حراً ، أجزأ ، لأنه يحصل تكميل الأحكام ، وإن كان رقيقاً ، لم يجز ، لأنه لا يحصل . انظر (المغني ٨/٧٦٠) .

(٢) قال ابن عبد البر : لكل مسكين مدان بمد النبي ﷺ ، وإن أطعم مداً بمد هشام ، وهو مُدّان إلا ثلثاً ، أو أطعم مداً ، ونصفا بمد النبي ﷺ ، أجزأه ، وأفضل ذلك مدان بمد النبي ﷺ . انظر (الكافي ١/ ٥٠٤) .

وقد ذكر المؤلف أن مد هشام : هو مدان من مد النبي ﷺ ، لكن أحمد الصاوي ذكر في حاشيته على الشرح الصغير أن مد هشام ، هو مد ، وثلثان . وهشام هذا هو هشام بن إسماعيل ابن هشام بن الوليد بن المغيرة القرشي المخزومي ، كان عاملاً على المدينة لعبد الملك بن مروان ، هذا هو الصواب . فتأمل ذلك . انظر (حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٦٥٤) .

كما أني لم أطلع على الرواية الثانية في شيء من كتب المالكية ، وهي مد بمد النبي ﷺ . والله أعلم .

وقال الشافعي : مد من بر لكل مسكين ، أو أي نوع من أنواع الطعام بالمد الأصغر (مد النبي ﷺ) ، وهو مروي عن أبي هريرة . وبه قال عطاء ، والأوزاعي .

وقال أحمد : مد من بر ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، وممن قال بذلك زيد بن ثابت ، =

وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فمنها إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزي في ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهرِ منهن إن اثنتين فاثنتين . وإنْ ثلاثًا فثلاثًا ، وإنْ أكثر فأكثر [١] ، فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ، ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه . ومنها إذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل ظهار كفارة . وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن في ذلك كفارةً واحدةً . وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإنْ أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحي بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء أكان في مجلس واحد أو في مجالس شتى [٢] .

= وابن عباس ، وابن عمر ، وعطاء ، وسليمان بن موسى .

وقال أبو حنيفة ، والثوري ، من القمح مدّان ، ومن التمر ، والشعير صاع . انظر (المغني ٧/ ٣٧٠) .

(١) إذا ظاهر من أكثر من زوجة بلفظ واحد ، فليس عليه إلا كفارة واحدة عند مالك ، وأحمد ، وهو قول علي ، وعروة ، وطاوس ، وعطاء ، وربيعة ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبي ثور ، والشافعي في القديم .

وقال الحسن ؛ والنخعي ، والزهري ، ويحي الأنصاري ، والحكم ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد : عليه لكل امرأة كفارة . انظر (المغني ٣٥٧/٧) و (المجموع ١٢٦/١٦) .

(٢) إذا ظاهر من زوجته مراراً ، فلم يكفر ، فعليه كفارة واحدة ، وهو ظاهر المذهب عند أحمد ، سواء كان في مجلس ، أو مجالس ، نوى بذلك التأكيد ، أو الاستئناف ، واختاره أبو بكر ، وابن

والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعدداً ؟ وكذلك إنْ كان اللفظ واحدًا والمظاهَر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين ، فمن غَلَّبَ شَبَه الطرف الواحد أوجب له حكمه ، ومن غلب شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه .

ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسَّها قبل أن يُكَفِّرَ هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار : مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أنَّ في ذلك

= حامد والقاضي من الحنابلة ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبي ، والزهري ، ومالك ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وهو قول الشافعي في القديم .

ونقل عن أحمد فيمن حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد التأكيد ، فكفارة واحدة ، فمفهومه : أنه إن نوى الاستئناف ، فكفارتان . وبه قال الثوري ، والشافعي في الجديد .

وقال أبو حنيفة : إن كان في مجلس واحد ، أو في مجالس ، فإن الكفارة تتكرر ، إلا إذا نوى التأكيد ، فيصدق قضاء فيها . انظر (حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤٧١/٣) و (المغني ٧/ ٣٣٥) .

وإن قال : أنت عليَّ حرام ، ونوى الطلاق ، والظهار معاً ، فإن كان الطلاق رجعياً ، كان طلاقاً وظهاراً ، وإن كان بائناً وقع الطلاق ، وسقط الظهار . هذا مذهب الشافعي .

وعند أصحاب أحمد : إن قال : أنت عليَّ حرام ، ونوى الطلاق ، والظهار معاً ، كان ظهاراً ، ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً ، وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه . انظر (المجموع ١٦/ ١١٣) . وقال ابن قدامة : إن قال : أنت عليَّ حرام ، فإن نوى به الظهار ، فهو ظهار في قول عامتهم ، وبه يقول الشافعي ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ٧/ ٣٤٣) وقد تقدمت هذه المسألة .

=

كفارةً واحدة (١) والحجة لهمْ حديث سلمة بن صخر البياضى « أنه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يُكَفِّرَ ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك فأمره أن يُكَفِّرَ تكفيرًا واحدًا (٢) . وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة العزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطأ محرّمًا ، وهو مروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب ، وقد قيل : إنه لا يلزمه شيء لا عن العَوْد ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معدوم في مسألتنا . وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

* * *

---

(١) إذا وطىء المظاهر امرأته قبل الكفارة ، أثم ، وعصى ربه ، وتستقر الكفارة في ذمته ، فلا تسقط بعد ذلك بموت ، ولا طلاق ، ولا غيره ، وتحريم زوجته باق عليه بحاله حتى يُكَفِّرَ . وهو قول أكثر أهل العلم ، وعليه كفارةٌ واحدة . روي ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ، ومورق العجلي ، وأبي مجلز ، والنخعي ، وعبد الله بن أذينة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبي ثور .

وروى الخلال عن الصلت بن دينار ، قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يُكَفِّرَ ؟ قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة : الحسن وابن سيرين ، وبكر المزني ، ومورق العجلي ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، وقال وكيع : وأظن العاشر نافعاً .

وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين ، وروي ذلك عن قبيصة ، وسعيد بن جبير ، والزهري ، وقتادة ، لأن الظهار يوجب كفارة ، والوطء يوجب كفارة أخرى .

وقال أبو حنيفة : لا تثبت الكفارة في ذمته ، وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء ، كما كانت قبله ، وحكي عن بعض الناس أن الكفارة تسقط ، لأنه فات وقتها ، لكونها وجبت قبل المسيس . انظر (المغني ٧/ ٣٨٣) وانظر (بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣٤) لمذهب أبي حنيفة .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب اللّعان

كتاب اللّعان *

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه . **الفصل الأول :** في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . **الفصل الثاني :** في صفات المتلاعنَيْن . **الفصل الثالث :** في صفة اللّعان . **الفصل الرابع :** في حكم نكول أحدهما أو رجوعه . **الفصل الخامس :** في الأحكام اللازمة لتمام اللعان .

فأما الأصل في وجوب اللعان : أما من الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **والّذينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَداءُ إلا أَنفُسُهُمْ** ﴾ (١) الآية .

وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مُخَرّجي الصحيح من حديث عويمر العجلانى « إذ جاء إلى عاصم بن عديّ العجلانى رجل من قومه فقال له : ياعاصم .. أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل ياعاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : ياعاصم .. ماذا قال لك رسول الله ﷺ ؟ فقال : لم تأتني بخير ، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألت عنها ، فقال : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال : يارسول الله .. أرأيتَ رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ : قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فائت بها ، وقال سهل : فتلاعنا وأنا مع

(*) اللعان مصدر : لاَعَنَ يُلاَعِنُ لِعَاناً ، وملاعنة ، كقاتل ، يقاتل قتالاً ، ومقاتلة ، ولاَعَنَ الرجل زوجته ، قذفها بالفجور ، وقال ابن دُرَيْد : كلمة إسلامية في لغة فصيحة .

وقال في الفتح : اللعان مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . واختير لفظ اللعن في التسمية ، لأنه قول الرجل ، وهو الذي يُبدأ به في الآية .

(١) النور آية ٦ .

الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله إنْ أمسَكْتُها ، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره بذلك رسول الله ﷺ . قال مالك : قال ابن شهاب : فلم تزل تلك سُنة المتلاعنين [١] . وأيضاً من جهة المعنى لما كان الفراش مُوجباً لِلحُوقِ النَّسَبِ كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان . فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع ، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه ، فهذا هو القول في إثبات حكمه .

(١) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي عن سهيل بن سعد . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٣٠٠) .

الفصل الأول

في أنواع الدعاوى الموجِبةِ له وشروطها

وأما صُور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولاً صورتان : **إحداهما** دعوى الزنا ، **والثانية** : نفي الحمل ، ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة : أعني أن يَدَّعي أنه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا ، أو تكون دعوى مُطْلَقة .

وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيًا مطلقًا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنا وينفي الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا .

فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ، وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه : الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضاً : إنه يجوز ، وهى أيضاً رواية عن مالك[1] .

وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ** ﴾ الآية ، ولم يخص في الزنا صفة دون صفة ، كما قال في إيجاب حد القذف ، وحجة مالك

---

(١) قال القرطبي : عام في كل رمى ، سواء قال : زنيت ، أو زانية ، أو رأيتها تزنى ، أو هذا الولد ليس مني ، فإن الآية مشتملة عليه ، ويجب اللعان إن لم يأت بأربعة شهداء ، وهذا قول جمهور العلماء ، وعامة الفقهاء ، وجماعة أهل الحديث .

وقد روي عن مالك ، وقد كان يقول : لا يلاعن إلا أن يقول : رأيتها تزنى ، أو ينفي حملاً ، أو ولدًا منها . وقول أبي الزناد ، ويحي بن سعيد ، والبتى مثل قول مالك : إن الملاعنة لا تجب بالقذف ، وإنما تجب بالرؤية ، أو نفي الحمل ، مع دعوى الاستبراء . هذا هو المشهور عند مالك . وقاله القاسم .

=

ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك ، منها قوله في حديث سعد « أرأيت لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً »[(١)] وحديث ابن عباس ، وفيه « فجاء رسولَ الله ﷺ فقال : والله يا رسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت ﴿ والذين يَرْمُونَ أَزْواجَهُم ﴾ الآية[(٢)] وأيضاً فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة .

وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** : سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثاً هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والأوزاعي وجماعة : بينهما لعان ، وقال أبو حنيفة : لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولدًا ولا حد ، وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . وأما إنْ نفى الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : **أحدهما** : أن يدعي أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا مالاخلاف فيه[(٣)] .

= قال القرطبي : والصحيح الأول لعموم الآية ، قال ابن العربي : وظاهر القرآن يكفي لإيجاب اللعان بمجرد القذف من غير رؤية ، فلتعولوا عليه ، لا سيا وفي الحديث الصحيح : أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ؟ فقال النبي ﷺ « فاذهب فائت بها » ولم يكلفه الرؤية . انظر (القرطبي ١٢/ ١٨٥) .

(١) حديث سعيد بن جبير متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار ٦/ ٢٩٩) .

(٢) حديث ابن عباس رواه أبو داود (القرطبي ١٢/ ١٨٥) .

(٣) إن قذف زوجته ، ثم أبانها ، فله لعانها ، وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . ونص عليه أحمد . وقال به ابن المنذر .
وقال الحارث العكلي ، وجابر بن زيد ، وقتادة ، والحكم : يجلد ، وقال حماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة : لا حد ، ولا لعان ، إنما يكون بين الزوجين ، وليس هذان بزوجين ، ولا يحد لأنه لم يقذف أجنبية . انظر (المغني ٧/ ٤٠٢) .

=

واختلف قول مالك في الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض ، وقال مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقًا ، فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان ،

= أما إذا قذف مطلقته الرجعية ، فقد روي عن ابن عباس : لا يلاعنها ، ويجلد ، وقال ابن عمر : يلاعن ما دامت في العدة ، قال أحمد : وقول ابن عمر أجود ، لأنها زوجته ، وهو يرثها ، وترثه ، فهو يلاعن ، وبه قال جابر بن زيد ، والنخعي ، والزهري ، وقتادة ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي .

أما إذا أبان زوجته ، ثم قذفها بزنا ، فإن كان بينهما ولد يريد نفيه ، فله أن ينفيه باللعان ، وإلا حُدَّ ، ولم يلاعن ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يُحَدّ ، ويلحقه الولد ، ولا يلاعن . وهو قول عطاء .

قال ابن قدامة : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها ، أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها ، وقال : قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، منهم عطاء ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي .

وإن قذف أجنبية ، ثم تزوجها ، فعليه الحد ، ولا يلاعن ، وهو قول مالك وأحمد ، وأبي ثور ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ، والشعبي .

وقال الحسن ، وزرارة بن أبي أوفى ، وأبو حنيفة : له أن يلاعن ، لأنه قذف امرأته ، فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يَرْمون أزواجَهُم** ﴾ ولأنه قذف امرأته ، فأشبه ما لو قذفها ، ولم يضفه إلى ما قبل النكاح .

وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك .

وقال الشافعي : إن لم يكن ثَمَّ ولد ، لم يلاعن ، وإن كان بينهما ولد ، ففيه وجهان . انظر (المغني ٧/ ٤٠٣) وانظر (المجموع ١٦/ ٢٠٣) وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا حد عليه ، وإن لم يكن بينهما ولد ، حُدَّ ، ولا لعان بينهما . وهذا قول الشافعي ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفيه ، ولا اللعان ، لأنها أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات .

وقال مالك : يلاعن في النكاح الفاسد زوجته ، لأنها صارت فراشاً ويلحق النسبُ فيه ، فجرى اللعان عليه . انظر (المغني) و(القرطبي) .

وقال عثمان البتي : له أن يلاعن ، وإن لم يكن بينهما ولد ، وروي ذلك عن الحسن ، وابن عباس . انظر (المغني ٧/ ٤٠٠) و(القرطبي ١٢/ ١٨٨) .

وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود ، وقالوا : لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم ، وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز نفي الحمل مطلقًا من غير قذف [١] واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو وقت نفي الحمل ، فقال الجمهور : ينفيه وهي حامل ، وشرط مالك أنه متى لم ينفه وهو حَمْل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ، وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ، وقال أبو حنيفة : لا ينفي الولد حتى تضع [٢] .

وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنَيْن قال : إنْ جاءت به على صفة كذا فما أراه إلا قد صدق عليها » [٣] قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملاً في وقت اللعان . وحجة أبي حنيفة أن الحمل قد ينفش ويضمحل ، فلا وجه للّعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبي حنيفة أنه

---

(١) قال ابن عبد البر : إنما يجب اللعان بين الزوجين الحرين المسلمين عند مالك بأحد أمرين : إما استبراء رحم لا وطء بعده حتى يظهر حمل ، فينكره ، فإن أنكره ، لاعنها للحمل ، ولم ينتظر وضعه ، أو رؤيته زنا يصفه كما يصف الشهود ، ثم لا يطأ بعده . فبهذين ، أو بأحدهما يجب اللعان في تحصيل مذهب مالك . وأقل الاستبراء في ذلك حيضة واحدة . وقد روي عن مالك : أن الحر المسلم يلاعن الحرة المسلمة بالقذف المجرد ، وهو قول أكثر الفقهاء ، والأول تحصيل مذهبه . (الكافي ١/ ٥٠٧) .

(٢) إذا لاعن الرجل زوجته ، وهي حامل ، ونفى حملها في لعانه ، فإنه لا ينتفي قبل الوضع عند أحمد . وهو قول أبي حنيفة ، وجماعة من أهل الكوفة ، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع ، وينتفي الولد فيه .

وقال مالك ، والشافعي ، وجماعة من أهل الحجاز ، يصح نفي الحمل ، وينتفي عنه . انظر (المغني ٧/ ٤٢٣) .

(٣) هذه الزيادة في بعض الروايات لمسلم ، وفي إحدى الروايات عند أبي داود في قصة عويمر العجلاني .

يلاعن وإنْ لم ينف الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة ولم يُوَقِّت في ذلك وقتًا ، ووقَّتَ صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة .

والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكراً له . وبقريب من هذا المعنى قال الشافعي . وقال قوم : ليس له أنْ ينفي الحمل إلا في العدة فقط وإن نفاه في غير العدة حُدَّ[١] وأُلحِقَ به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك . فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهي التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم بِهِ في مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهي الستة أشهر ، أعني أنْ يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه . لا من وقت العقد ، وشذَّ أبو حنيفة فقال : من وقت العقد ، وإن عُلِمَ أن الدخول غير ممكن حتى أنه إنْ تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يُلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو في هذه المسألة ظاهريّ محض ، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش »[٢] وهذه المرأة قد صارت فراشًا له بالعقد ،

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » و« دار المعرفة » و« دار الفكر » (حده) وفي نسخة « المكتبة التجارية الكبرى » (حد) وهو الصواب .

(٢) « الولد للفراش ، وللعاهر الحَجَر » رواه الجماعة إلا أبا داود ، وفي لفظ للبخاري « لصاحب الفراش » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٣١٣) والعاهر ، الزاني ، يقال : عهر : إذ زنى ، وقيل يختص ذلك بالليل . ومعنى الحَجَر : أي الخيبة ، أي لا شيء له في الولد . والعرب =

فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شيء ضعيف [١] .

واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترفَ بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات : **إحداها :** أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . **والثانية :** أنه يلاعن وينفي الولد . **والثالثة :** أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه .

وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا ؟ واختلفوا أيضاً من هذا الباب في فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنا هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى : ﴿ **والذين يَرْمُونَ أَزْواجَهُم ولَمْ يَكُن لَهُمْ شُهَداءُ إلا أنفُسُهُمْ** ﴾ [٢] الآية . وقال مالك والشافعي : يلاعن ، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش .

* * *

= تقول : له الحجر . وبفيه التراب : يريدون ليس له إلا الخيبة . وقيل : المراد بالحجر أنه يُرْجم بالحجارة ، إذا زنى . ولكنه لا يرجم بالحجارة كل زانٍ ، بل المحصن فقط . (المصدر السابق) .

(١) أقصى مدة الحمل عند مالك ، والشافعي ، وأحمد أربع سنين .
وروي عن أحمد أن أقصاه سنتان ، وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري ، وأبي حنيفة .
وقال الليث : أقصاه ثلاث سنين ، حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين . وقال عباد بن العوام : خمس سنين . وعن الزهري ، قال : قد تحمل ست سنين وسبع سنين .
قال الشافعي : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين .
وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين . وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون دفعة واحدة أربع سنين ، وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين وكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي . انظر (المغني ٤٧٧/٧) .

(٢) النور آية ٦ .

الفصل الثاني

في صفات المتلاعنَيْن

وأما صفة المتلاعنَيْن ، فإنّ قومًا قالوا : يجوز اللعان بين كل زوْجين حُرَّيْن كانا أو عبدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد محدودَيْن كانا أو عَدْلَيْن أو أحدهما ، مسلمَيْن كانا أو كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين ، وبالجملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة (١) .

وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يَرْمونَ أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم** ﴾ ولم يشترط في ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة ، إذْ قد سماهم الله شهداء لقوله : ﴿ **فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شهاداتٍ بالله** ﴾ ويقولون إنه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما (١) .

وقد اتفقوا على أن العبد لا يُحَدُّ بقذفه، وكذلك الكافر ، فشبهوا من يجب

---

(١) ممن قال إنه تصح الملاعنة من كل زوجين مكلفين ، سواء كانا مسلمين ، أو كافرين ، أو عدلين ، أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك : سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك ، وإسحق ، وأحمد ، وكذلك عنه الحر من الأمة ، والعبد من الحرة ، إذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهودية ، والنصرانية .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرّين غير محدودين في قذف ، وروي هذا عن الزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وحماد ، وأبي حنيفة .

وعن مكحول ليس بين المسلم ، والذمية لعان .

وعن عطاء ، والنخعي في المحدود في القذف يُضْرَبُ الحَدَّ ، ولا يلاعن ، وكذلك قال الشافعي ، والساجي . انظر (المغني ٧/ ٣٩٢) وانظر (القرطبي ١٢/ ١٨٦) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٣٢٧) .

عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد ، إذ كان اللعان إنما وضع لدرء الحد مع نفي النسب [١] . وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « لا لعان بين أربعة : العبدين ، والكافرين » [٢] والجمهور يرون أنه يمين وإنْ كان يسمى شهادة ، فإن أحدًا لا يشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بَيِّنٌ في قوله تعالى : ﴿ **إذا جاءَكَ المنافِقُونَ قالوا** ﴾ [٣] الآية ، ثم قال : ﴿ **اتَّخَذُوا أَيْمانَهُمْ جُنَّةً** ﴾ [٤] . وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا في الأخرس ، فقال مالك والشافعي يلاعن الأخرس إذا فُهِمَ عنه ، وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة . وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

* * *

---

(١) يقصد أن الجمهور اتفقوا على أن قاذف العبد ، وكذلك الكافر ، لا يحد ، فالعبارة فيها نوع من الغموض ، فتأمل ذلك .

قال ابن قدامة : وشرائط الذي يجب فيه الحد بقذف صاحبه خمسة : العقل ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا ، وأن يكون كبيراً يجامع مثله ، وبهذا يقول جماعة العلماء قديماً ، وحديثاً سوى ما روي عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب ، وابن أبي ليلى قالوا : إذا قذف ذمية ، ولها ولد مسلم يحد ، والأولى أولى لأن من لا يحد قاذفه ، إذا لم يكن له ولد ، لا يحد ، وله ولد مسلم كالمجنونة . انظر (المغني ٨/ ٢١٦) .

(٢) لم أره بهذا اللفظ ، ولكن لفظه « أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم : النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك » .

قال الزيلعي : أخرجه الدارقطني في سننه ، وضعفه .

وقال : قال البيهقي في المعرفة : هذا حديث رواه عثمان بن عطاء ، ويزيد بن زريع الرملي عن عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال : وعطاء الخراساني معروف بكثرة الغلط ، وابنه عثمان ، وابن زريع ضعيفان ، ورواه كذلك في السنن ، وأخرجه ابن ماجة في سننه . انظر (نصب الراية ٣/٢٤٨) وانظر (ابن ماجة ١/٦٧٠) و (سنن البيهقي ٧/ ٣٩٥) وما بعدها ، فلم أره بهذا اللفظ الذي ذكره المؤلف وقد تابعه شيخنا الشيخ عبد اللطيف آل عبد اللطيف في كتابه (طريق الرشد إلى بداية ابن رشد) في أنه روي باللفظ الذي ذكره المؤلف ، وهو سهو منه ، والصواب : اللفظ الذي ذكرناه ، والله أعلم .

(٣) المنافقون آية ١ .
(٤) المنافقون آية ٢ .

الفصل الثالث

في صفة اللعان

فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهاداتٍ بالله لقد رأيتها تزني وأن ذلك الحمل ليس مني ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إنْ كان من الكاذبين ، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تُخَمِّسُ بالغضب ، هذا كله متفق عليه .

واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أَشْهَدُ أُقْسِمُ ، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات [١] وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم [٢] .

* * *

---

(١) انظر في ذلك (المغني ٧/ ٤٣٧) .

(٢) انظر هذا الاتفاق (المغني ٧/ ٤٣٤) و (المجموع ١٦/ ٢٧٨) إلا أن أصحاب الشافعي قالوا : للسيد أن يلاعن بين عبده ، وأمته ، لأن له إقامة الحد عليهما .

الفصل الرابع

في حكم نُكُول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : إنه يُحَدُّ ، وقال أبو حنيفة : إنه لا يحد ، ويحبس [١] . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المُحْصَناتِ ﴾ [٢] الآية ، وهذا عام في الأجنبي والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعني أنه يُحَدّ ، وما جاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره في قصة العَجْلاني من قوله عليه الصلاة والسلام « إنْ قتلْتُ قُتِلْتُ ، وإن نَطَقْتُ جُلِدْتُ ، وإنْ سَكَتُّ سَكَتُّ على غَيْظ » .

واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة في النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبي ، فكذلك الزوج . والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يَدْرَأُ عنها العذاب ، فالكلامُ فيما هو العذاب الذي يَنْدَرِئ عنها باليمين ، وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحد ، وحدُّها الرجم إنْ كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإنْ لم يكن دخل بها فالجَلد . وقال أبو حنيفة : إذا نكلت وجب

---

(١) ممن قال إنه يحد : عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وعثمان البتّي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : يحبس حتى يلتعن ، ولا يحد . انظر (المغني ٤١٤/٧) و (المجموع ٢٣٤/١٦) و (تحفة الفقهاء ٣٣٤/٢) لمذهب أبي حنيفة . و (القرطبي ١٩٤/١٢) .

(٢) النور آية ٤ .

عليها الحبس حتى تلاعن ، وحجته قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : زنًا بعد إحصان ، أو كفرٍ بعد إيمان ، أو قتل نَفْسٍ بغير نَفْس » (١) وأيضا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غُرْمَ المال بالنكول فكان بالحريّ أن لا يجب بذلك سفك الدماء . وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف .

ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك ، فأبو حنيفة في هذه المسألة أولى بالصواب إنْ شاء الله . وقد اعترف أبو المعالى في كتابه « البرهان » بقوة أبي حنيفة في هذه المسألة وهو شافعي . واتفقوا على أنه إذا أَكْذَبَ نفسه حُدَّ وأُلْحِقَ به الولد إن كان نفى ولداً (٢) . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ، إمّا بنفسه وإمّا بحكم حاكم على ما نقوله بعد : فقال مالك والشافعي والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء

---

(١) حديث « لا يحل دم امريء مسلم .. » أخرجه الأئمة الستة .

إذا التعن الزوج ، ولم تلتعن الزوجة ، فلا حد عليها عند الحسن ، والأوزاعي وأحمد . وروي ذلك عن الحارث العكلي ، وعطاء الخراساني .

وذهب مكحول ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور وأبو إسحق الجوزجاني ، وابن المنذر إلى أن عليها الحد .

وقال أبو حنيفة : تحبس حتى تلتعن . انظر (المغني ٧/ ١٤٤) و (تحفة الفقهاء ٣٣٤/٢) لمذهب أبي حنيفة . وكما ترى ، فإن الحق مع أبي حنيفة في هذه المسئلة كما ذكرها المؤلف .

(٢) إذا أكذب نفسه ، حُدَّ ، ويلحق به الولد ، سواء كان حياً ، أو ميتاً ، غنياً كان ، أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور . وقال الثوري : إذا استلحق الولد الميت نظرنا ، فإن كان ذا مال لم يلحقه ، وإن لم يكن ذا مال لحقه

وقال أبو حنيفة : إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق ، وتبعه نسب ابنه ، وإن لم يكن ترك ولداً ، لم يصح استلحاقه ، ولم يثبت نسبه ، ولا يرث منه المدعي شيئاً ، لأن نسبه منقطع بالموت ، فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده ، وتبعه نسب الميت . إنظر (المغني ٧/ ٤١٥) .

الأمصار : إنها لا يجتمعان أبدًا وإنْ أكذب نفسه ، وقال أبو حنيفة وجماعة : إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبًا من الخُطّاب ، وقد قال قوم : ترد إليه امرأته [١] . وحجة الفريق الأول قول رسول الله ﷺ « لا سبيل لك عليها » [٢] ولم يستثن فأطلق التحريم .

وحجة القول الثاني أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

* * *

---

(١) إذا أكذب نفسه ، لا تحل له ، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وابن مسعود رضي الله عنهم قالوا : إن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً ، وبه قال الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعي والزهري ، والحكم ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو يوسف .
وعن أحمد رواية ، إن أكذب نفسه حلت له ، وعاد فراشه بحاله ، وهي رواية شاذة ، شذ بها حنبل عن أصحابه .
ومذهب البتي أن اللعان لا يتعلق به فرقة ، وعن سعيد بن المسيب إن أكذب نفسه ، فهو خاطب من الخطاب . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لأن فرقة اللعان عندهما طلاق .
وقال سعيد بن جبير إنْ أكذب نفسه ، رُدّت إليه ما دامت في العدة . انظر (المغني) و (القرطبي ١٢/ ١٩٤) .

(٢) هذه جملة من حديث عبد الله بن عمر عند البخاري ومسلم قال النبي ﷺ للمتلاعنين : « حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها . قال مالي . قال لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها ، فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها ، فذاك أبعد لك » .

الفصل الخامس

في الأحكام اللازمة لتمام اللعان

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وإنْ وجبت فمتى تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان « من أن رسول الله ﷺ فَرَّقَ بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنَيْن ، ولقوله ﷺ : « لا سبيل لك عليها » . وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة : لا يعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، وهو صريح في الأحاديث ، لأن في الحديث المشهور أنه طلّقها بحضرة النبي ﷺ فلم ينكر ذلك عليه [1] .

وأيضاً فإن اللعان إنما شرع لِدَرْء حد القذف . فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبينة ، وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبدًا ، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عَدِموا ذلك كل العُدْم ، ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة . وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح .

وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة : إنها تقع إذا فرغا جميعاً من اللعان . وقال الشافعي : إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة . وقال أبو

---

(١) انظر في ذلك (القرطبي ١٢/ ١٩٣) و (المغني ٧/٤١٠) .

حنيفة : لا تقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثوري وأحمد [1] . وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال : « فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنَيْن وقال : حسابكما على الله ، أحدهما كاذب ، لا سبيل لك عليها » وما روي أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان . وحجة الشافعي أن لعانها تدرأ به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب ، فوجب إنْ كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيهًا بالطلاق . وحجتهما جميعاً على أبي حنيفة أن النبي ﷺ أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة .

وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره ﷺ بذلك حين قال « لا سبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرطٌ في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان . فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي ﷺ بينهما ليس هو بيّنًا في الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس في الشرع تحريم يتأبد : أعني متفقاً عليه ، فمن غَلَّبَ هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة قال بإيجابها .

وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي

---

(١) أما متى تقع الفرقة بينهما ، فإن الشافعي قال : تحصل الفرقة بينهما بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلتعن المرأة . قال ابن قدامة ، ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا .

وعند أحمد تقع الفرقة ، إذا فرق بينهما الحاكم ، وهو قول أبي حنيفة والثوري ، والرواية الثانية عنه أن الفرقة تحصل بمجرد لعانها ، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة ، ومالك ، وأبي عبيد عنه ، وأبي ثور ، وداود ، وزفر وابن المنذر ، وروي ذلك عن ابن عباس ، كما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : « المتلاعنان يفرق بينهما ، ولا يجتمعان أبداً » وحكي عن البتي أنه لا يتعلق باللعان فرقة . انظر (المغني ٧/٤١٠) و (القرطبي ١٢/١٩٣) و (المجموع ١٦/ ٢٤١) .

لا يشترط ذلك فيها . وأما المسألة الرابعة ، وهي إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن [١] . وحجة مالك تأبيد التحريم به فأشبه ذات المحرم .

وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياسًا على فرقة العنين إذْ كانت عنده بحكم حاكم .

* * *

---

(١) أما فرقة اللعان ، فهي فسخ عند الشافعي ، وأحمد ، وقال أبو حنيفة : هي طلاق ، لأنها فرقة من جهة الزوج ، وهو مذهب مالك في المدونة ، فيعطى لغير المدخول بها نصف الصداق . وفي مختصر ابن الجلاب : لا شيء لها . وهذا يدل على أن تفريق اللعان فسخ . انظر (القرطبي ١٢/ ١٩٥) و (المغني ٧/ ٤١٢) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الإحداد

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات ، وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء أكانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار . وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ، ورروياه عن مالك ، وبه قال الشافعي : أعني أنه لا إحداد على الكتابية ، وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ، وقال قوم : ليس على الأمة المزوَّجة إحداد ، وقد حكي ذلك عن أبي حنيفة [١] . فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد .

وأما اختلافهم من قِبَلِ العدد فإن مالكاً قال : لا إحداد إلا في عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثوري : الإحداد في العدة من الطلاق البائن واجب ، وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه [٢] . وأما الفصل الثالث

---

(١) قال ابن قدامة : لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في وجوب الحداد على المتوفى عنها زوجها ، إلا الحسن ، فإنه قال : لا يجب الإحداد ، وهو قول شاذ ، شذ به عن أهل العلم ، وخالف به السنة .

ويستوي في وجوبه الحرة ، والأمة ، والمسلمة ، والذمية ، والكبيرة والصغيرة .

وقال أبو حنيفة : لا إحداد على ذمية ، ولا صغيرة ، لأنها غير مكلفتين . ولعل الصواب مع أبي حنيفة في هذه المسئلة . والله أعلم . ولا إحداد على أم الولد ، إذا مات عنها سيدها . قال ابن المنذر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها ، ولا الموطوءة بشبهة ، والمزني بها . ولا إحداد على الرجعية . لأنها لها أن تتزين لزوجها ، وتستشرف له ، ليرغب فيها ، ولا على المنكوحة نكاحاً فاسداً . انظر (المغني ٧/٥١٧) و (سبل السلام) و (المحلى ١١/ ٦٥٨) .

(٢) اختلفت الرواية عن أحمد في المطلقة ثلاثاً هل عليها الإحداد أو لا ؟ فعنه يجب عليها ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأبي حنيفة .

=

وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه ، فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالحلي والكحل - إلا ما لم تكن فيه زينة - ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه مالم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه ، وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار . وبالجملة ، فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك ما يحرك الرجال بالجملة إليهن [١] .

وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله ﷺ . فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : يارسول الله .. إنَّ ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتَكْتَحِلُها ، فقال رسول الله ﷺ : لا ، مرتين أو ثلاثًا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت أحداكنَّ ترمى بالبعرة على رأس الحول » [٢] . وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد .

وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ، ثم قالت : والله مالي به من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على مَيِّتٍ فوق ثلاثِ ليالٍ ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » [٣] فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر

= والثانية عن أحمد : لا يجب عليها ، وهو قول عطاء ، وربيعة ، ومالك وابن المنذر . والشافعي . انظر (المغني ٧/ ٥٢٧) و (سبل السلام ٣/ ٢٠٠) .

(١) انظر (المصادر السابقة) .

(٢) حديث أم سلمة متفق عليه . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/ ٢٠٠) .

(٣) حديث أم حبيبة رواه البخاري ، وقد روى البخاري ومسلم كذلك عن أم عطية رضي الله عنها « أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر ، =

فهو يقتضي الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش . قال القاضي : وفي الأمر إذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين : أعني هل يقتضي الوجوب أو الإباحة .

وسبب الخلاف بين مَنْ أوجَبَه على المسلمة دون الكافرة أن من رأى أن الإحداد عبادة لم يُلْزِمه الكافرة ، ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تَشوُّفُ الرجال إليها وهي إلى الرجال ، سَوَّى بين الكافرة والمسلمة ، ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرَّق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال إليها ، ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ إلا على زوج » قال : وشرطه الإيمان في الإحداد يقتضي أنه عبادة . وأما من فَرَّقَ بين الأمة والحرة وكذلك الكتابية ، فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : **أحدهما** : الإحداد ، **والثاني** : ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة والحاجة إلى استخدامها سقط عنها منع الزينة .

وأما اختلافهم في المكاتبة فمن قِبَلِ ترددها بين الحرة والأمة ، وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج ، فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج لا يجب عليها إحداد ، ومن

= وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عَصْب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طِيباً ، إلا إذا طهرت نبذة من قُسْط ، أو أظفار » متفق عليه ولفظه لمسلم .

و(تحد) بضم أوله ، وكسر ثانيه ، ويجوز ضم الدال على أن لا نافية . و(عَصْب) بفتح العين ، وسكون الصاد : برود يمنية يعصب غزلها ، أي يجمع ويشد ، ثم يصبغ ، وينشر ، فيبقى موشى لبقاء ما عصب منه أبيض ، لم يأخذه الصبغ .

ومعنى (نبذة) أي قطعة و (قُسْط) بضم أوله وسكون ثانيه ضَرْبٌ من الطِّيب . وقيل : العود . انظر (سبل السلام ٣/ ١٩٨) .

أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة تـعلق بالظاهر المنطوق بـه ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ، وذلك أنـه يظهر من معنى الإحـداد أن المقصود به أن لا تتشوف إليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي إليهم . وذلـك سداً للذريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم .

كمـل كتـاب الطـلاق والحمـد لله على آلائـه ، والشكر على نعمـه ، ويتلـوه كتاب البيوع إنْ شاء الله تعالى .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب البيوع

كتاب البيوع *

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل : في معرفة أنواعها . وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها . وفي معرفة شروط الفساد . وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة . وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها . وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة .

ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ، ومنها خاصة ، وكذلك الأمر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي أن نذكر المشترك في هذه الأصناف الأربعة : أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطراد إلى ستة أجزاء : **الجزء الأول** : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . **والثاني** : تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضاً : أعني في كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة . **الثالث** : تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضاً . **الرابع** : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعني الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها . **الخامس** : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة : أعني إذا وقعت . **السادس** : نذكر فيه نوعاً نوعاً من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

الجزء الأول

إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينًا بعين ، أو عينًا

* البيع مشتق من الباع ، لأن كلاً من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء ،ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه ، أي يصافحه عند البيع ، ولذا سمي البيع صفقة .
أما تعريفه شرعاً فهو : مبادلة المال بالمال تمليكاً ، وتملكاً بشرط التراضي .

بشيء في الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضًا إما ناجز من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة لأنه الدَّيْن بالدَّيْن المنهي عنه .

وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قِبَلِ صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عيناً بعين فلا تخلو أن تكون ثمناً بمثمون أو ثمناً بثمن ، فإن كانت ثمناً بثمن سمي صَرْفاً ، وإن كانت ثمناً بمثمون سمي بيعاً مطلقاً وكذلك مثموناً بمثمون على الشروط التي تقال بعد ، وإن كان عيناً بذمة سمي سَلَماً ، وإن كان على الخيار سمي بيع خيار ، وإن كان على المرابحة سمي بيع مرابحة . وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

* * *

الجزء الثاني

إذا اعتُبرت الأسبابُ التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع ، وهي أسباب الفساد العامة وُجِدَتْ أربعة : **أحدها** : تحريم عين المبيع . **والثاني** : الربا . **والثالث** : الغَرَرُ . **والرابع** : الشروط التي تئول إلى أحد هذين أو لمجموعها . وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج . فمنها الغش ومنها الضرر ، ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ، ومنها لأنها محرمة البيع ، ففي هذا الجزء أبواب :

الباب الأول

في الأعْيان المحرّمَة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله ورسوله حَرّما بيع الخمر والميتة والخِنْزِير والأصنام ، فقيل : يارسول الله .. أرأيت شحوم الميتة فإنه يُطْلَى بها السفن ويُسْتَصْبَحُ بها ؟ فقال : لعن الله اليهود .. حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها »[1] وقال في الخمر « إنَّ الذي حَرَّمَ شُرْبها حرم بيعها »[2] والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافاً شاذاً في الخمر : أعني في كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة . واختُلِف في الانتفاع بشعره ، فأجازه ابن القاسم ومنعه أَصْبغُ .

وأما القسم الثاني : وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقاً ، وقيل بإجازتها مطلقاً ، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعني

---

(١) حديث جابر رواه الجماعة . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٦٠/٥) و (سبل السلام ٥/٣) وفي بعض الروايات حرم بالإفراد .

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه عن ابن عباس « أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر ، فقال رسول الله ﷺ هل علمت أن الله قد حرمها ؟ قال : لا ! فسارَّ إنساناً فقال له رسول الله ﷺ ، بم ساررته ؟ فقال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذي حرم شربها حرم بيعها ، قال : ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها » . انظر (مسلم مع شرح النووي ٤٦٣/٦) بهامش إرشاد الساري .
قال النووي : لعل السؤال كان ليعرف حاله ، فإن كان عالماً بتحريمها ، أنكر عليه هديتها ، وإمساكها ، وحملها ، وعزره على ذلك ، فلما أخبره أنه كان جاهلاً بذلك عذره .
الراوية : الدابة يُستقى عليها الماء . (المصباح المنير) .

إباحة الزبل ومنع العذرة [١] .

واختلفوا فيما يُتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه في المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته ، فمنها الكلب والسنور [٢] . أما الكلب فاختلفوا في بيعه ، فقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب أصلاً . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق

---

(١) قال ابن عبد البر : ولا يحل بيع العذرة ، ولا يجوز عند مالك بيع زبل الدواب لأنه نجس ، ولم يختلفوا في جواز بيع بعر ما يؤكل لحمه ، ليكرم الأرض به ، ومن أهل المدينة من جعل المائع كله النجس محرماً بيعه قياساً على الخمر ، والدم ، وغير المائع من النجاسات قياساً على الخنزير والميتة . انظر (الكافي ٣٦/٢) .
وقال النووي : بيع سرجين البهائم المأكولة ، وغيرها ، وذرق الحمام باطل ، وثمنه حرام . انظر (المهذب مع المجموع ٢١٦/٩) .
وهو مذهب أحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه ، لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير ، فكان إجماعاً .
وحجة أصحاب المنع : أنه مجمع على نجاسته ، فلم يجز بيعه كالميتة . انظر (المغني ٢٨٣/٤) .
أما عظم الفيل ، فهو نجس عند الشافعي ، سواء أخذ بعد ذكاته ، أو بعد موته (المجموع) .

(٢) أما بيع الكلب ، فمذهب الشافعي ، أنه حرام ، سواء كان معلماً ، أم غير معلم ، وسواء كان جرواً ، أم كبيراً . وبهذا قال جماهير العلماء ، وهو مذهب أبي هريرة ، والحسن البصري ، والأوزاعي ، وربيعة ، والحكم ، وحماد ، وأحمد ، وداود ، وابن المنذر ، وغيرهم .
وقال أبو حنيفة : يصح بيع الكلب ، وحكى ابن المنذر عن جابر ، وعطاء ، والنخعي جواز بيع الكلب للصيد دون غيره .
وقال مالك : لا يجوز بيع الكلب ، وتجب القيمة على متلفه ، إن كان كلب زرع ، وعنه رواية بالمنع ، ورواية كمذهب أبي حنيفة . انظر (المجموع ٢١٥/٩) أما بيع السنور الأهلي ، فجائز عند الشافعي بلا خلاف بين أصحابه . وبه قال جماهير العلماء نقله القاضي عياض عن الجمهور وقال ابن المنذر : أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز . ورخص في بيعه ابن عباس ، وابن سيرين ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وسائر أصحابه . قال : وكرهت طائفة بيعه : منهم أبو هريرة ، ومجاهد ، وطاوس ، وجابر بن زيد . انظر (المجموع ٢١٦/٩) .

أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه .

واختلفوا أيضاً في المأذون في اتخاذه ، فقيل هو حرام ، وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان : **أحدهما** : ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي ﷺ [1] . **والثاني** : أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة .

وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل ، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين ، وقد تقدم أيضاً في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال .

ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ، ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع . فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة .

وهو حديث أبي مسعود البدري أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحُلْوان الكاهن » رواه البخاري ، ومسلم . انظر (المجموع ٩/٢١٥) وكذلك حديث أبي جحيفة أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الدم ، وعن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، ولعن آكل الربا ، وموكله ، والواشمة ، والمستوشمة ، ولعن المصور » رواه البخاري ، وغيرها من الأحاديث الصحيحة .

وحجة من منع بيع السنور ما رواه مسلم عن أبي الزبير قال « سألت جابراً : عن ثمن الكلب ، والسنور ، فقال : زجر النبي ﷺ عن ذلك » .

واحتج من قال بالجواز بأنه طاهر منتفع به . (المصدر السابق) .

ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس [١] وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بَيَّنَ ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول : « إنّ الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير » [٢] وعمدة من أجازه أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ،ولا سيا إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غيرالمحرمة كالحاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة : أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز . ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعي أيضاً مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل إنّ في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل : أعني لتحريم البيع .

واختلف أيضاً في المذهب في غسله وطبخه هل هو يؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما : جواز ذلك ، والآخر : منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة؟ فمن رآه نجاسة

---

(١) الزيت النجس المشهور من مذهب الشافعي أنه لا يصح بيعه ، لأنه لا يمكن غسله ، وبه قال مالك ، وأحمد ، وجماهير العلماء .
وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والليث بن سعد : يجوز بيعه ، لأنه يمكن غسله كالثوب النجس ، كما يجوز الاستصباح به ، والوصية به ، والصدقة ، والهبة ، وقال داود : يجوز بيع الزيت دون السمن . انظر (المجموع ٢٢٥/٩) .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فمالك والشافعي يجوزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزه [١] وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياساً على لبن سائر الأنعام · وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه في الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للّحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الأصول .

* * *

(١) أما لبن الآدميات ، فيجوز بيعه عند الشافعي ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة ، وقال أحمد : أكرهه ، وذهب جماعة من الحنابلة إلى تحريمه ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، لأنه مائع خارج من آدمية ، فلم يجز ، كالعرق .
وحجة من أجاز بيعه ، قال : لأنه طاهر منتفع به . وصححه ابن قدامة . انظر (المغني ٤/٢٨٨) .

الباب الثاني

في بُيُوعِ الرِّبا *

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة ويُنْظِرون ، فكانوا يقولون : أَنْظِرْني أَزِدْكَ ، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع « ألا وإن ربا الجاهلية موضوع ، وأول رباً أضعه ربا العباس بن عبد المطلب » (١) والثاني « ضع

---

* الربا في اللغة : هو الزيادة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فإذا أنزلنا عليها الماءَ اهتزتْ وربَتْ ﴾ [الحج آية ٥] وقوله تعالى : ﴿ أن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى من أُمَّة ﴾ [سورة النحل آية ٩٢] .
ومعنى الأولى : ارتفعت ، ومعنى الثانية : أكثر عدداً من الأخرى . أما في الشرع ، فهو : الزيادة في أشياء مخصوصة ، وهذا تعريف الحنابلة . وقال الشافعية هو : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد ، أو مع تأخير البدلين ، أو أحدهما .
وعرف الحنفية الربا بأنه « فضل مال خال عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضه » وعرفه المالكية بأنه « الزيادة في العدد ، أو الوزن محققة ، أو متوهمة ، والتأخير ، انظر (المغني ٤/٣) و« تحفة المحتاج شرح المنهاج » و« تنوير الأبصار مع شرحه ، مع حاشية ابن عابدين » ، و « حاشية العدوي على الخرقي ٥/٥٦) .
أما من حيث الرسم ، فقد قال الزمخشري في الكشاف : كتبت الربا بالواو على لغة من يفخم ، كما كتبت الصلاة ، والزكاة ، وزيدت الألف بعدها تشبيهاً بواو الجمع .
وقال الحافظ في الفتح : الربا مقصور ، وحكي مده ، وهو شاذ ، وهو من ربا يربو ، فيكتب بالألف ، ولكن وقع في خط المصاحف بالواو .
وقال الفرّاء : إنما كتبوه بالواو ، لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة ، ولغتهم الربو ، فعلموهم الخط على صورة لغتهم ، انظر (نيل الأوطار) و (شرح مسلم للنووي) .

(١) الحديث رواه مسلم . انظر (مسلم بشرح النووي بهامش إرشاد الساري ٥/ ٣١٠) وانظر (سيرة ابن هشام ٤/ ٦٠٣) .
وانظر كتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) .

وتعجل »[1] وهو مختلف فيه وسنذكره فيما بعد .

وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا إلا في النسيئة »[2] وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه ﷺ .

---

(١) حديث « ضع وتعجل » رواه الدارقطني .

(٢) لفظه « إنما الربا في النسيئة » رواه البخاري ومسلم ، وابن ماجة . انظر (مسلم بشرح النووي ٧/ ٣١) (وابن ماجة ٢/ ٢٥٩) وانظر كتابنا « موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ص١٠٣ والجواب عن هذا الحديث .

وقد نقل عن ابن عباس رجوعه عن ذلك ، فقد روى الحازمي رجوع ابن عباس ، واستغفاره عندما سمع عمر بن الخطاب ، وابنه عبد الله يحدثان عن رسول الله ﷺ بما يدل على تحريم ربا الفضل ، وقال : حفظتما من رسول الله ﷺ ما لم أحفظ ، وروى الحازمي كذلك أنه قال : كان ذلك رأي ، وهذا أبو سعيد الخدري يحدثني عن رسول الله ﷺ . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢١٧) .

وروى ابن ماجة عن أبي الجوزاء رجوعه كذلك ، وروى الحاكم أيضاً رجوعه . انظر (البيهقي ٥/ ٢٨٠) وانظر (المجموع ١٠/ ٢٣) .

وقد ثبت أن الصحابة عارضوه في ذلك ، انظر (المبسوط للسرخسي ١١١/٢) وقد أجيب عن حديث ابن عباس بما يلي :

أولاً : إنه حديث منسوخ بحديث أبي سعيد الخدري « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الوَرِقَ إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بناجز » رواه مسلم (انظر ٧/ ٤) بهامش إرشاد الساري مع شرح مسلم للنووي .

قال النووي : قد أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهر حديث أسامة ، وهذا يدل على النسخ .

ثانياً : إن حديث أسامة قد اختصره الراوي ، وبه قال كثير من العلماء ، وتأويله أن النبي ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير ، والذهب بالفضة ، فقال النبي ﷺ « لا ربا إلا في النسيئة » . وإلى هذا مال الحافظ ابن حجر .

ثالثاً : تُقَدَّمُ حديث أبي سعيد على حديث أسامة لكثرة رواته . قال الترمذي : « وفي الباب عن =

والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول : **الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النَّساء ، وتبيين علة ذلك . الثاني : معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً . الرابع : في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .**

* * *

= أبي بكر ، وعثمان ، وأبي هريرة وهشام بن عامر ، والبراء ، وزيد بن أرقم ، وفضالة بن عبيد ، وأبي بكرة ، وابن عمر ، وأبي الدرداء ، وبلال . وهو المروي عن الشافعي .

رابعاً : حديث أسامة يدل على جواز ربا الفضل بالمفهوم ، ومن شروط العمل بالمفهوم ألا يخالف منطوقاً آخر ، وقد خالف حديث أبي سعيد .

قال الحافظ ابن حجر : نفي تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم ، فنقدم عليه حديث أبي سعيد ، لأن دلالته بالمنطوق ، (فتح الباري ٤/ ٣٨١) و (سبل السلام ٣/٣٥) .

خامساً : حديث أبي سعيد يفيد التحريم ، وحديث أسامة يفيد الإباحة فنقدم التحريم على الإباحة احتياطاً على أصح الوجهين عند الشافعية ، والكرخي من الحنفية ، وأبي يعلى من الحنابلة .

السادسة : إن حديث أسامة مجمل ، وحديث عبادة بن الصامت ، وأبي سعيد ، وغيرهما مبين ، فوجب العمل بالمبين ، وتنزيل المجمل عليه ، وهذا جواب الشافعي .انظر (شرح مسلم للنووي) و (المجموع) و (الفتح) وكتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النَّساء وتبيين عِلّة ذلك

فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنَّساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نُصَّ عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكي عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال : سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبُرِّ بالبُرِّ والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواءً بسواء عَيْناً بعَيْن ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى »[١] فهذا الحديث نص في التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان .

وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ « الذهب بالذهب رباً ، إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء »[٢] فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ،

---

(١) قال الحافظ : حديث عبادة بن الصامت « لا تبيعوا الذهب بالذهب .. » عزاه المصنف للشافعي بسنده من طريق مسلم بن يسار ، وغيره عنه . ولمسلم من حديث أبي قلابة عن الأشعث عن عبادة . وقد قيل : إن مسلم بن يسار لم يسمعه من عبادة ، ويدل عليه رواية مسلم من طريق أبي قلابة : كنت بالشام في حلقة فيها مسلم بن يسار ، فجاء أبو الأشعث ، فجلس ، فقالوا له : حَدِّثْ أخانا حديث عبادة ، فذكره وقوله : في آخر حديث عبادة « فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » وفي رواية بعد ذكر النقدين ، وغيرهما : « إلا يداً بيد » ، قال الحافظ : هو في حديث مسلم ، والرواية الأخرى هي رواية الشافعي ، وقوله : واختلفوا في قوله « فمن زاد ، أو استزاد » ... إلى آخره . قال الحافظ : رواه مسلم من حديث أبي سعيد عن النبي ﷺ ، بغير تردد ، وزاد : « الآخذ ، والمعطي سواء » ، وهذا يرفع الإشكال ، وفي الباب عن عمر في الستة ، وعن علي في المستدرك ، وعن أبي هريرة في مسلم وعن أنس في الدارقطني ، وعن بلال في البزار ، وعن أبي بكرة متفق عليه ، وعن ابن عمر في البيهقي ، وهو معلول . انظر (التلخيص ٣/ ٨) .

(٢) حديث عمر متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢١٧) وقوله (هاء ، =

وتضمن أيضاً حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد »[١] وهذا كله متفق عليه من الفقهاء إلا البر بالشعير .

واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل[٢] ، وقال هؤلاء أيضاً : إن النساء ممتنعٌ في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكي عن ابن عُلَيَّةَ أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص .

= وهاء) بالمد فيهما ، وفتح الهمزة ، وقيل بالكسر ، وقيل : بالسكون ، وحكي القصر بغير همز ، وخطأ الخطابي ، ورد عليه النووي . وقال : هي صحيحة لكن قليلة ، والمعنى خذ ، وهات ، وحكي بزيادة كاف مكسورة ، ويقال : هاء بكسر الهمزة بمعنى هات ، وبفتحها بمعنى : خذ ، وقال ابن الأثير : هاء ، وهاء : هو أن يقول كل واحد من المتبايعَيْن ، هاء ، فيعطيه ما في يده ، وقيل : معناها خذ ، وأعط . وقال الخليل : هاء كلمة تستعمل عند المناولة . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢١٨) .

(١) هذه الزيادة رواها مسلم عن عبادة بن الصامت « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر ، والبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأوصاف ، فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يداً بيد » انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/ ٣٥) .

(٢) انظر (المحلى ٥٠٣/٩) لابن حزم . وحكي هذا عن طاوس ، وقتادة . انظر (المغني ٥/٤) .

وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام [1] ، واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف : أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها . فالذي استقر عليه حُذّاقُ المالكية أن سبب منع التفاضل أما في الأربعة ، فالصنف الواحد من المُدَّخَر المُقْتَات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتاً . ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا في الصنف المدخر وإن كان نادرَ الادخار .

وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤوساً للأثمان وقيماً للمُتْلَفَات ، وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . أما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون

(١) أي أن منطوق الحديث خص هذه الستة الأصناف ولكن أراد معنى أوسع من ذلك ، وهو كل صنف يشبه تلك الستة في العلة . أما الظاهرية ، فإنهم قصروه على هذه الستة .

وقد اختلف العلماء في علة ربا الفضل ، فقال الحنفية : العلة في ربا الفضل ، هي الكيل ، والوزن في الجنس ، أما ربا النساء ، فهي فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين على الدَّيْنِ في المكيلين ، والموزونين عند اختلاف الجنس ، وفي غير المكيلين ، أو الموزونين عند اتحاد الجنس ، انظر (بدائع الصنائع ٧/ ٣١٠٦) .

أما عند المالكية ، فإن العلة عندهم في ربا الفضل من غير الذهب ، والفضة : هو الصنف الواحد من المدخر المقتات .

أما علة التفاضل في الذهب ، والفضة ، فهي كونهما رؤوساً للأثمان ، وقيماً للمتلفات ، وهي تعرف بالعلة القاصرة ، لأنها ليست موجودة في غير الذهب ، والفضة .

أما العلة في النساء في الأربعة المذكورة في الحديث ، فهي الطعم والادخار ، أما غيرها ، فالعلة فيها الطعم فقط . انظر (الشرح الصغير ٣/ ٧٣) أما الشافعية ، فالعلة عندهم في الذهب ، والفضة كونها جنساً للأثمان ، أما في المطعومات ، فالعلة فيها الطعم . انظر (المجموع ٨/ ٣٩١) وعند الحنابلة علة الربا : هي الكيل والوزن في الجنس الواحد انظر (المقنع ٢/ ٦٤) .

النسيئة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مُدَّخَرَةً ، وقد قيل إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا إن الطُّعْمَ بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات .

وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك ، وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعي مالكاً في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة ، أعني أن كونها رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات هو عندهم علة مع النسيئة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل .

والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل ، وسيأتي أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف ، وأما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إنّ الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : إمّا قوم نفوا القياس في الشرع : أعني استنباط العلل من الألفاظ وَهُم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت عنه ههنا بالمنطوق به ، فإنما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة ، إلا ما حكي عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال ، يريد منع العين .

وأما القاضي أبو بكر الباقِلّاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً ، وكان

قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى ، إذ لم يتأت له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة ، لأنه زعم أنه في معنى التمر . ولكل واحد من هؤلاء : أعني من القائلين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية : إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى : ﴿ **والسّارِقُ والسارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ﴾ [1] فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق عُلِمَ أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » فمن البين أن الطُّعْم هو الذي علق به الحكم .

وأما المالكية فإنها زادت على الطُّعْم إمّا صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ ، وإمّا صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفي بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عدداً علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه ، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار ، أما البُرُّ والشَّعيرُ فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدَّخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام ، وأيضاً فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يَغْبِنَ بعضُ الناسِ بعضاً وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات .

وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون أنه ﷺ لما عَلَّقَ التحليل

---

(١) المائدة : ٣٨ .

باتفاق الصنف واتفاق القَدْرِ ، وعَلَّقَ التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله ﷺ لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره « إلا كيلاً بكيل يداً بيد » (١) رأوا أن التقدير أعني الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار الكيل أو الوزن .

منهم أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عُبادةَ زيادةً ، وهي كذلك ما يُكال ويُوزن . وفي بعضها : وكذلك المكيال والميزان ، هذا نص لو صحت الأحاديث ، ولكن إذا تُؤُمِّلَ الأمر من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علتهم أَوْلى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي ، ولذلك لما عَسُرَ إدراكُ التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جُعِلَ الدينار والدرهم لتقويمها : أعني تقديرها ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات : أعني غير الموزونة والمكيلة العَدْلُ فيها إنما هو

---

(١) حديث أبي سعيد رواه البخاري ، ومسلم ، وهو هكذا عن أبي سعيد ، وأبي هريرة « أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر ، فجاءهم بتمر جنيب ، فقال : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة ، فقال : لا تفعل : بع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً » وقال في الميزان مثل ذلك . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/٢٢٠) و (فتح الباري) و (مسلم بشرح النووي) والجنيب : قيل هو الطيب ، وقيل : الصلب . وقيل : ما أخرج منه حشفه ، ورديئه ، وقيل : ما لا يختلط بغيره . وقال في القاموس : الجنيب : تمر جيد .

والجمع بفتح الجيم ، وسكون الميم قال في الفتح : هو التمر المختلط بغيره . وقال في القاموس : هو الدَّقَل ، أو صنف من التمر .

انظر (المصدر السابق) وانظر (تلخيص الحبير ٣/٨) و (سبل السلام ٣/٣٦) وعامل خيبر هذا ، هو سواد بن غَزِيّة حُكِيَ عن الدارقطني ، وذكره الخطيب في مبهماته ، وقيل : مالك بن صعصعة ، و (سواد) بفتح السين المهملة ، وتخفيف الواو ، ودال مهملة ابن (غزية) بفتح الغين المعجمة ، وكسر الزاي ، ومثناة تحتية بزنة (عطية) ، وهو من الأنصار .

في وجود النسبة ، أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مَثَلاً الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذن اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العدالة ، أعني أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل .

وأما الأشياء المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع ، وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ، والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة ، فإذن منع التفاضل في هذه الأشياء ، أعني المكيلة والموزونة علتان : **إحداهما** : وجود العَدْل فيها ، **والثاني** : منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف .

وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أوقات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً . وقد روي عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً : أعني المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

* * *

الفصل الثاني

في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم (١) ، فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس (٢) عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلّة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات ، وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلاً كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة في هذه ، لأنه عنده من باب السلف الذي يجر منفعة .

* * *

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية (بمعلوم) والصواب ما أثبتناه .

(٢) هكذا في جميع النسخ التي لدينا ، ولعل الصواب : « ليس هناك ما يمنع عند الشافعي نسيئة في غير الربويات » . ليتم المعنى . فتأمل ذلك .

الفصل الثالث

في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعاً : أعني التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربوياً عند الشافعي [١] . وأما عند مالك فما لم يكن ربوياً ولا كان صنفاً واحداً متماثلاً [٢] أو صنفاً واحداً بإطلاق على مذهب أبي حنيفة [٣] ، ومالك يعتبر الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات ، وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحداً ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي ، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً إلا في الربويات فقط : أعني أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو عنده علة للنساء أصلاً . فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التي لا تجوز فيها النسيئة فإنها

---

(١) وهو مذهب أحمد على أصح الروايات ، فيجوز بيع بعير ببعيرين وشاة بشاتين حالاً ، ومؤجلاً عند الشافعي ، وأحمد على هذه الرواية ، وكذلك يجوز بيع ثوب بثوبين حالاً ، ومؤجلاً . وبه قال أبو ثور ، وابن المنذر .

والرواية الثانية عن أحمد : أنه يحرم النساء في كل مال بجنسه كالحيوان بالحيوان ، والثياب بالثياب ، ولا يحرم في غير ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء : ابن الحنفية ، وعبد الله بن عمير ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وابن سيرين ، والثوري ، وروي ذلك عن عمار ، وابن عمر .

والرواية الثالثة : لا يحرم النساء إلا فيا بيع بجنسه متفاضلاً ، فأما مع التماثل ، فلا .

والرابعة : يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر ، سواء كان من جنسه . أم من غير جنسه ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة . انظر لمذهب الشافعي (المجموع ٩/ ٤٠٣) و (المغني ٤/ ١٤) لمذهب أحمد .

(٢) انظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ١٤) .

(٣) انظر لمذهب أبي حنيفة (تحفة الفقهاء ٢/ ٣١) .

قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل .

فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطُّعْم [١] عند مالك ، وعند الشافعي الطُّعْم فقط ، وعند أبي حنيفة معلومات الكيل والوزن ، فإذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة .

وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان : إما مطعومة ، وإما غير مطعومة .

فأما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها . وعلة المنع [٢] الطعم ، وأما غير المطعومة فإنه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداهما حلوبة والأخرى أكولة ، هذا هو المشهور عنه [٣] ، وقد قيل إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا

---

(١) في جميع النسخ التي لدينا هكذا (هو الطعم عند مالك) والصواب : هو الطعم ، والادخار ، وقد تقدم ذلك في علة الربا لمذهب مالك وكذلك يفسره ما يلي من قول المؤلف .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (المنعم) والصواب ما أثبتناه .

(٣) انظر هذه المسألة (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٢٧) قال ابن جزي : يتصور الربا في غير النقدين ، والطعام من العروض ، والحيوان ، وسائر التمليكات ، وذلك باجتماع ثلاثة أوصاف ، وهي : التفاضل ، والنسيئة ، واتفاق الأغراض والمنافع : كبيع ثوب بثوبين إلى أجل ، وبيع فرش للركوب بفرشين للركوب إلى أجل ، فإن كان أحدهما للركوب دون الآخر ، جاز ، لاختلاف المنافع .

ومنع أبو حنيفة في ذلك النسيئة ، سواء كان متماثلاً ، أو متفاضلاً ، وأجازها الشافعي مطلقاً ، انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ٢٦٧) .

اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وإن كان الصنف واحداً ، وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لا يعتبر ، وقد قيل يعتبر .

وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عند شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها . وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً [١] ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص « أن رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » [٢] قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء .

وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سَمُرة « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » [٣] قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد

---

(١) تقدم الكلام على مذهب الشافعي ، وأحمد قبل قليل .

(٢) قال الحافظ : حديث عبد الله بن عمرو : أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل . ورواه أبو داود ، والدارقطني ، والبيهقي من طريقه ، وفيه قصة ، وفي الإسناد ابن إسحق ، وقد اختلف عليه فيه ، ولكن أورده البيهقي في السنن ، وفي الخلافيات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وصححه ، انظر (التلخيص ٣/ ٨) .

(٣) حديث سمرة بن جندب « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » رواه الخمسة ، وصححه الترمذي ،وابن الجارود ، وأخرجه أحمد ، وأبو يعلى ، والضياء في المختارة ، قال الصنعاني : وقد صححه الترمذي ، وقال غيره : رجاله ثقات ، إلا أن الحفاظ رجحوا إرساله لما في سماع الحسن من سمرة من النزاع ، لكن رواه ابن حبان ، والدارقطني من حديث ابن عباس ، ورجاله ثقات أيضاً ، إلا أنه رجح البخاري ، وأحمد إرساله ، وأخرجه الترمذي عن جابر بإسناد لين . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/ ٢٨) .

الذريعة ، وذلك أنه لا فائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعاً وهو يحرم ، وقد قيل عنه إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين إنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سَمُرة مع التأويل له ، لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ، وكأن مالكاً ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض .

وحديث عمرو بن العاص على اختلافها . وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ، ولكن صححه الترمذي ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به يداً بيد »[١] وقال ابن المنذر : ثبت : « أن رسول الله ﷺ اشترى عبداً بعبدين أسودين ، واشترى جارية بسبعة أرؤس »[٢] وعلى هذا الحديث يكون بيع

(١) حديث جابر رواه الترمذي عن الحجاج بن أرطأة عن أبي الزبير عن جابر في « باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان ، وقال : حديث حسن ، باللفظ الذي ذكره المؤلف . قال صاحب تحفة الأحوذي : في سنده الحجاج بن أرطأة ، وهو صدوق ، كثير الخطأ ، والتدليس ، وروي هذا الحديث عن أبي الزبير بالعنعنة . انظر (الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤/ ٤٣٨) .

(٢) حديث جابر « أن النبي ﷺ اشترى عبداً بعبدين » رواه الخمسة . وصححه الترمذي ، ولمسلم معناه .

قال الشوكاني : حديث جابر بن سمرة عزاه صاحب الفتح إلى زيادات المسند لعبد الله بن أحمد ، كما فعل المصنف (ابن تيمية) وسكت عنه .

أما حديث « اشترى جارية بسبعة أرؤس » فرواه أحمد ، ومسلم ، وابن ماجة عن أنس « أن النبي ﷺ اشترى صفية بسبعة أرؤس من دحية الكلبي » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٣) .

قال الشوكاني : الأحاديث ، والآثار في الباب متعارضة ، فذهب الجمهور إلى جواز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة متفاضلاً مطلقاً ، وشرط مالك أن يختلف الجنس ، ومنع من ذلك مطلقاً مع النسيئة أحمد بن حنبل ، وأبو حنيفة ، وغيره من الكوفيين ، والهادوية ، وتمسك الأولون

الحيـوان بـالحيـوان يشبـه أن يكـون أصـلاً بنفسـه لا من قبـل سـد ذريعـة .
واختلفوا فيا لا يجـوز بيعـه نسـاء ، هـل من شرطـه التقـابض في المجلس قبـل الافتراق في سائر الربويات بعـد اتفـاقهم في اشتراط ذلـك في المصـارفـة لقولـه عليـه الصلاة والسلام : « لا تبيعوا منها غائباً بناجز » (١) فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبههـا بـالصرف ، ومن لم يشترط ذلـك قـال : إنَّ القبض قبـل التفرق ليس شرطاً في البيوع إلا ما قام الـدليل عليـه ، ولمـا قـام الـدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل .

* * *

= بحديث ابن عمرو ، وما ورد في معناه من الآثار ، وأجابوا عن حديث سمرة بما فيه من المقال .
وقال الشافعي : المراد به النسيئـة من الطرفين ، لأن اللفـظ يحتمل ذلـك ، كما يحتمل النسيئـة من طرف ، وإذا كانت من طرفين ، فهي بيع الكـالئ بـالكالئ ، وهو لا يصح عند الجميع .
واحتج المـانعون بحـديث سمرة ، وجـابر بن سمرة ، وابن عبـاس ، ومـا في معنـاهـا من الآثـار ، وأجابوا عن حـديث ابن عمرو بـأنـه منسوخ . قـال الشوكاني : ولا يخفى أن النسخ لا يثبت إلا بعـد أن يتقرر تـأخير النـاسخ ، ولم ينقل ذلـك ، فلم يبق إلا الطلب لطريـق الجمع ، إن أمكن ذلـك ، أو المصير إلى التعـارض . قيل : وقـد أمكن الجمع بمـا سلف عن الشـافعي . انظر (نيـل الأوطار ٥/ ٢٣٢) .

(١) هذه جملة من حديث أبي سعيد ، وقد مر تخريجه ، وهو متفق عليه .

الفصل الرابع

في معرفة ما يُعَدّ صِنْفاً واحداً ، وما لا يعد صنفاً واحداً

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً في مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل ، هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار قوم إلى أنهما صنف واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعي ، وحكاه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب ، وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة ، وعمدتهما السماع والقياس [١] .

أما السماع فقوله ﷺ « لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير إلا مثلاً بمثل » [٢] فجعلهما صنفين ، وأيضاً فإن في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم ، والبر بالشعير كيف شئتم ، والملح بالتمر كيف شئتم يداً بيد » ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري وصحح هذه الزيادة الترمذي .

وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا

---

(١) مذهب الشافعي أن البر ، والشعير جنسان ، وبه قال أحمد ، والثوري وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وأصحابه .

وعن أحمد رواية : أنهما جنس واحد ، وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث ، وابن مقيقيع الدوسي ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والليث ، انظر (المغني ٤/ ٢٧) و (المجموع ١٠/ ٧٦) .

(٢) هو ما جاء في حديث عبادة بن الصامت . وقد تقدم تخريجه . ولكن بلفظ « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والشعير بالشعير .. » وليس باللفظ الذي ذكره المصنف .

صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضاً السماع والقياس . أما السماع فما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل »[1] فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير ، وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة .

وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيراً من اتفاقها في المنافع ، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد في الزكاة ، وعنه في البيوع روايتان : إحداهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف ، وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فمن غَلَّب الاتفاق قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

* * *

مسألة : واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فلحم ذوات الأربع ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل ، وقال أبو حنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه ، وللشافعي قولان : أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ، ومالك لا يجيزه والشافعي لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً ، ومالك يجيزه[2] . وعمدة

(١) حديث « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » رواه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوي . وكذلك رواه أحمد ، انظر (منتقى الأخبار ٥/ ٢١٨) .

(٢) مذهب مالك أن اللحوم أربعة أجناس كما ذكر المؤلف ، وهي رواية عن أحمد ، إلا أنه جعل =

الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل »[1] ولأنها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولاً واحداً . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفاً .

والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه ، وتقول إن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان ، أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وِزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير . وبالجملة فكل طائفة تدعي أن وِزانَ الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

* * *

مسألة : واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لا يجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعي والليث ، وقول إنه يجوز في الأجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك في المتفقة : أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل ، وذلك في التي المقصود

= الأنعام ، والوحش جنساً واحداً ، فيكون عنده ثلاثة أصناف .

والرواية الثانية : أنه أجناس مختلفة باختلاف أصوله ، وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، وهي أصح كما قال ابن قدامة لمذهب أحمد ، لأنها فروع أصول ، هي أجناس ، فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز ، وهو اختيار ابن عقيل من الحنابلة ، واختار القاضي أنها أربعة أجناس .

وهناك رواية ذكرها أبو الخطاب ، وابن عقيل من الحنابلة عن أحمد : أن اللحم كله جنس واحد ، وهو قول أبي ثور ، وأحد قولي الشافعي . انظر (المغني ٣٢/٤) و (المجموع ١٦١/١٠) وانظر (بدائع الصنائع ٣١١٩/٧) لمذهب أبي حنيفة .

(١) تقدم تخريج الحديث .

منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده في الحيوان المأكول : حتى أنه لا يجيز الحي بالحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهي عنده من هذا الباب ، أعني أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ، وقول ثالث أنه يجوز مطلقاً ، وبه قال أبو حنيفة [١] .

وسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكاً روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم » [٢] فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ، ومن رأى أن

---

(١) مذهب مالك ، والشافعي ، وأحمد : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان ، وبه قال الفقهاء السبعة .
وحكي عن مالك : أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للّحم ، ويجوز بغيره .
وقال أبو حنيفة : يجوز مطلقاً ، لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه ، فأشبه بيع اللحم بالدراهم ، أو بلحم من غير جنسه .
وحجة أصحاب القول الأول ما روي أن النبي ﷺ « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ . قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده . وكذلك روي عن النبي ﷺ « أنه نهى أن يباع حيٌّ بميت » . ذكره الإمام أحمد .
هذا إذا كان اللحم من جنسه .
أما إذا كان من غير جنس الحيوان . فظاهر كلام أحمد ، والخرقي من الحنابلة أنه لا يجوز ، واختار القاضي من الحنابلة جوازه . وللشافعي فيه قولان .
وإن باعه بحيوان غير مأكول اللحم ، جاز في ظاهر قول أصحاب أحمد ، وهو قول عامة الفقهاء انظر (المغني ٤/ ٣٨) و (المجموع ٢٩٢/١٠) وانظر (بدائع الصنائع ٣١٢٠/٧) .

(٢) رواه مالك ، وروى عنه الشافعي من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً ، وهو عند أبي داود في المراسيل ، ووصله الدارقطني في الغرائب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد ، وحكم بضعفه ، وصوب الرواية المرسلة التي في الموطأ ، وتبعه ابن عبد البر ، وابن الجوزي ، وله شاهد من حديث ابن عمر رواه البزار ، وفيه ثابت بن زهير ، وهو ضعيف ، وأخرجه من رواية أبي أمية بن يعلى عن نافع أيضاً ، وأبو أمية ضعيف ، وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة ، وقد اختلف في صحة سماعه منه . أخرجه الحاكم ، والبيهقي ، وابن خزيمة . انظر (التلخيص ٣/ ١٠) .

الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين : إما أن يُغَلِّبَ الحديث فيجعله أصلاً زائداً بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له ، فالشافعي غَلَّبَ الحديثَ وأبو حنيفة غَلَّبَ الأصول ، ومالك رده إلى أصوله في البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعني بيع الشيء الربوي بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة ، وهي داخلة في الربا بجهة ، وفي الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر ، وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

* * *

مسألة : ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحِنْطة مِثْلاً بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك في موطئه ، وروي عنه أنه لا يجوز ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك [١] ، وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافاً من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان اعتبار المثلية بالكيل ، لأن الطعام إذا صار دقيقاً اختلف كيله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن ، وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن

---

(١) مذهب مالك جواز بيع الدقيق بالحنطة . انظر (الشرح الصغير ٨٥/٣) ومنعها الشافعي . انظر (المجموع ١٠/ ٣٦٤) وهو مذهب أحمد في الصحيح وهو مذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبي حنيفة ، ومكحول ، وهشام ، والثوري .
وعن أحمد رواية : أنه جائز ، وبه قال ربيعة ، ومالك ، وحكي ذلك عن النخعي ، وقتادة ، وابن شبرمة ، وإسحق ، وأبي ثور ، لأن الدقيق نفس الحنطة ، وإنما تكسرت أجزاؤها ، فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح .
وحجة أصحاب القول الأول أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلاً ، فحرم ، كبيع مكيلة بمكيلتين . انظر (المغني ٤/ ٢٩) .

يكال أو يوزن ، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن .

واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبو حنيفة : لا بأس ببيع ذلك متفاضلاً ومتماثلاً ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي : لا يجوز متماثلاً فضلاً عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلاً . وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة [١] .

وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن ؟ فقال أبو حنيفة : تنقله ، وقال مالك والشافعي : لا تنقله .. واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلاً عن الوزن .

وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكاً يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعني من أن يكون

---

(١) ممن لم يجز بيع الخبز بالخبز ، إذا كان ليناً الشافعي بلا خلاف في مذهبه ، وبه قال عبيد الله بن الحسن نقله عنه ابن المنذر . أما إذا يبس ، وجعل فتيتاً فإنه يجوز .

وعن مالك أنه إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل ، فلا بأس به ، وإن لم يوزن ، وبه قال الأوزاعي ، وأبو ثور . وحكي عن أبي حنيفة أنه لا بأس به قرصاً بقرصين .

أما عند أحمد ، فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره مقصود في نفسه ، إنما جعل فيه لمصلحته كالخبز ، والنشا ، فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه ، إذا تساويا في النشافة ، والرطوبة ، ويعتبر التساوي في الوزن .

النوع الثاني : ما فيه غيره مما هو مقصود : كالهريسة ، والخزيرة ، وخبز الأبازير .. فلا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا بيع نوع بآخر . انظر (المجموع ٣/ ٨٥) لمذهب مالك .

جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد [١] ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك ، والظاهر من مذهبه أن ليس في ذلك قانون من قوله حتى تنحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجي في المنتقى ، وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل ، وتمييزها من التي لا توجب ذلك : أعني في الحيوان والعروض والنبات ، وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادئ النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، فهذه هي أمهات هذا الباب

* * *

فصل : وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز ، فإن السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا جف ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » [٢] فأخذ به أكثر العلماء وقال : لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال :

---

(١) روي عن مالك ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وأبي ثور ، أنه لا بأس ببيعه متفاضلاً . كالمقلية مثلاً بالنيئة ، ومذهب أحمد أنه لا يجوز ، لأنها أجزاء جنس واحد ، وهو مذهب الشافعي ، ومنه الدقيق بالسويق ، لأن الثاني دخلته الصنعة .

وروي عن أحمد : أنه يجوز . انظر (المغني ٤/ ٣٠) .

(٢) رواه مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب السنن ، وابن خزيمة ، وابن حبان ، والحاكم ، والدارقطني ، والبيهقي ، والبزار ، كلهم من حديث زيد أبي عياش أنه سأل سعد بن أبي وقاص =

مالك والشافعي وغيرهما ، وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف . وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة [1] .

= عن البيضاء بالسلت ، فقال : أيها أفضل ؟ قال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وذكر الحديث ، وفي رواية لأبي داود ، والحاكم مختصرة : « نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » ، وذكر الدارقطني في العلل : أن إسماعيل بن أمية ، وداود بن الحصين ، والضحاك بن عثمان ، وأسامة بن زيد وافقوا مالكاً على إسناده ، وذكر ابن المديني : أن أباه حدث به عن مالك عن داود بن الحصين عن عبد الله بن يزيد عن زيد أبي عياش ، قال : وسماع أبي من مالك قديم ، قال : فكأن مالكاً كان علقه عن داود ، ثم لقي شيخه ، فحدثه به ، فحدث به مرة عن داود ، ثم استقر رأيه على التحديث به عن شيخه ، ورواه البيهقي من حديث ابن وهب عن سليمان بن بلال عن يحي بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة عن النبي ﷺ مرسلاً ، وهو مرسل قوي ، وقد أعله جماعة ، منهم الطحاوي ، والطبري ، وأبو محمد بن حزم ، وعبد الحق ، كلهم أعله بجهالة حالة زيد أبي عياش .

قال الحافظ : والجواب أن الدارقطني قال : إنه ثقة ثَبْتٌ . وقال المنذري : قد روى عنه اثنان ثقتان ، وقد اعتمده مالك مع شدة نقده ، وصححه الترمذي ، والحاكم ، قال : ولا أعلم أحداً طعن فيه ، وجزم الطحاوي بوهم من زعم أنه هو أبو عياش الزرقي زيد بن الصامت . وقيل : زيد ابن النعمان الصحابي المشهور ، وصحح أنه غيره ، وهو كما قال . قال الحافظ : وروى أبو داود ، والطحاوي ، والحاكم من طريق يحي بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد عن زيد أبي عياش عن سعد « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » .

قال الطحاوي : هذا هو أصل الحديث فيه ذكر النسيئة ، ورد ذلك الدارقطني ، وقال : خالف يحي مالكاً ، وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان ، وأسامة بن زيد ، فلم يذكروا النسيئة .

قال البيهقي : وقد روى عمران بن أبي أنس عن زيد أبي عياش بدون الزيادة أيضاً ، ثم قال الحافظ : قال في الغريبين : البيضاء حب بين الحنطة ، والشعير ، وفي الصحاح : أنه ضرب من الشعير ، ليس له قشر . انظر (التلخيص ٣/ ٩) . و (المجموع ١٠/ ٢٦١) وما بعدها .

(١) بيع اليابس بالرطب من جنسه ، كالرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب واللبن بالجبن ، والحنطة المبلولة ، أو الرطبة باليابسة ، أو المقلية بالنيئة ، ونحو ذلك ، منعه مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق وأبو يوسف ، ومحمد ، وبه قال سعد بن أبي وقاص ، وسعيد بن المسيب والليث . قال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال .

وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . انظر (المغني ٤/ ١٦) و (المجموع ١٠/ ٢٦٨) وانظر (الكافي ٢/ ١٤) لمذهب مالك . وانظر (بدائع الصنائع ٧/ ٣١١٧) لمذهب أبي حنيفة .

وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم في تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل ، فمن غَلَّب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ، ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات .

والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان . قال الطحاوي : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحي بن كثير عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذي يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به .

وقال مالك في موطئه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث ، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام : يعني منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزابنة عند مالك المنهي عنها عنده ، والعَرِيَّةُ عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعي ، والمزابنة المنهي عنها عند أبي حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي . وطرد الشافعي هذه العلة في الشيئين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف ، وخالفه في ذلك جُلُّ من قال بهذا الحديث [1] .

وأما اختلافهم في بيع الجيد بالرديء في الأصناف الربوية ، فذلك يُتَصَوَّر

---

(١) بيع الرطب بالرطب ، والعنب بالعنب ، ونحوه من الرطب بمثله ، فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد . ومنع منه الشافعي فيما ييبس منه ، أما ما لا ييبس منه كالقثاء ، والخيار ، ونحوه ، فعلى قولين . انظر (المغني ٤/ ١٧) و(المجموع ١٠/ ٢٧٧) .

بأنْ يباع منها صنف واحد وَسَطٌ في الجودة بصنفين : أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّيْن من تمرٍ وَسَطٍ بمُدَّيْن من تمر أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكاً يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مُدَّيْنِ من الوَسَطِ في مُدٍّ من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، ووافقه الشافعي في هذا [١] ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لا يُعْمِلُ التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة في الصفة .

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وَعَرَض أو دنانير أو دراهم إذا كان الصنف الذي يجعل معه العَرَض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القَدْر ، فالأول : مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم . والثاني : مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم . فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز [٢] .

---

(١) قول المؤلف : « وأما اختلافهم في بيع الجيد بالرديء ... » يوحي أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسئلة ، وليس الأمر كذلك ، فإن هذه المسئلة مجمع عليها بين العلماء ، لا خلاف بينهم في عدم الجواز ؛ ذكر ذلك الشوكاني . انظر (نيل الأوطار ٢٢١/٥) وكذلك الصنعاني فقال : « والإجماع قائم على أنه لا فرق بين المكيل ، والموزون في ذلك الحكم » انظر (سبل السلام ٣٦/٣) .
وكذلك نقل الحافظ في الفتح الإجماع عن ابن عبد البر . انظر (٤/ ٣١٨) فتأمل ذلك .

(٢) انظر هذه المسئلة لمذهب الشافعي (المجموع ١٠/ ٢١٨) نقلها الإمام السبكي عن الإمام الشافعي من الأم ، وهو مذهب أحمد في عدم الجواز ، وبه قال إسحق ، وأبو ثور ، وروي هذا عن سالم بن عبد الله ، والقاسم بن محمد ، وشريح ، وابن سيرين . وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه =

فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفى في ذلك رضا البائع ؟ فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة .

وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعةً إلى بيع الصنف الواحد متفاضلاً ، فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

* * *

= وقال أبو حنيفة : ذلك جائز . انظر (المغني ٤/ ٣٩) .

باب في بيوع الذرائع الربوية

وهنا شيء يعرض للمتبايعَيْن : إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعَيْن إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصدٍ إلى ذلك تبايع ربوي ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دَفَعَ عشرة دنانير في عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذي يعرف ببيوع الآجال . فنذكر[١] من ذلك مسألة في الإقالة ، ومسألة من بيوع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

* * *

مسألة : لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كأنك قلت : [٢] عبداً بمائة دينار مثلاً إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو إلى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه في هذه المسألة اشترى منه البائع الأول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقداً أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو إلى أجل [٣] .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (فذكر) والصواب ما أثبتناه .

(٢) في جميع النسخ التي لدينا العبارة هكذا . ولعل الصواب : (أن من باع شيئاً ما : كأن قال : بعتك عبداً ..) فتأمل ذلك .

(٣) قول المؤلف « لم يختلفوا أن من باع شيئاً .. » فيه نظر .

أولاً : إنهم اتفقوا على أن بيع الإقاله جائز ، سواء قلنا هو بيع ، أم فسخ ، وصورته المتفق عليها =

وأما إنْ ندم المشتري في هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطي البائع العشرة المثاقيل نقداً أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المسألة، فهنا اختلفوا، فقال مالك: لا يجوز. وقال الشافعي: يجوز[1] ووجه ما كره من ذلك مالكٌ أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب. لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في

= كما جاء مثاله عن ابن عرفة في (الشرح الصغير ٣/ ٢٠٨) لمذهب مالك : الإقالة ترك المبيع لبائعه بثمنه . انتهى . قال الشارح : فإن وقعت بأكثر من الثمن ، أو أقل ، لم يجز . وجاء في عون المعبود قال في « إنجاح الحاجة » : صورته إقالة البيع ، إذا اشترى أحد شيئاً من رجل ، ثم ندم على اشترائه ، إما لظهور الغبن فيه ، أو لزوال حاجته إليه ، أو لانعدام الثمن ، فرد المبيع ، وقبل البائع رده . أزال الله مشقته ، وعثرته يوم القيامة . انظر (٣٣١/٩) .

وقال النووي في الروضة لمذهب الشافعي : ولا يصح إلا بذلك الثمن ، فلو زاد ، أو نقص ، بطلت ، وبقي البيع بحاله ، حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن ، أو على أن يأخذ الصحاح عن المكسر ، لم يصح ، انظر (٣/ ٤٩٤) .

وجاء في (المغني ٤/ ١٣٦) لمذهب أحمد : ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا : هي فسخ ، أم بيع .. وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول ، وأقل منه .. فإذا قلنا : إنها بيع ، فإن قلنا : لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول . فأقال بأقل منه . أو أكثر ، لم تصح الإقالة ، وكان المِلْك باقياً للمشتري ، وبهذا قال الشافعي . وحكي عن أبي حنيفة : أنها تصح بالثمن الأول ، ويبطل الشرط . انظر (المغني ٤/ ١٣٦) .

إذن الاتفاق بين الفقهاء على جواز بيع الإقالة ، وبنفس الثمن الأول دون زيادة ، أو نقصان ، وفيما إذا كان الثمن عاجلاً ، أما إذا دخلته الزيادة ، والنقصان ، أو كان الثمن آجلاً ، فهنا يقع الخلاف بينهم .

إذن المثال الذي ذكره المؤلف ليس من المتفق عليه ، وهو نفس المسألة التالية التي وقعت فيه الزيادة . فتأمل ذلك .

(١) من باع سلعة بثمن مؤجل ، ثم اشتراها بأقل منه نقداً ، لم يجز في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن ابن عباس ، وعائشة ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي . وبه قال أبو الزناد ، وربيعة ، وعبد العزيز بن سلمة ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وأجازه الشافعي . انظر (المغني ٤/ ١٩٣) و (مقدمات ابن رشد ٣/ ١٩٧) بهامش المدونة .

المائة دينار التي عليه ، وأيضاً يدخله بيع وسلف كأن المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه .

وأما الشافعي فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسألة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحَمْلُ الناسِ على التُّهَمِ لا يجوز . وأما إنْ كان البيع الأول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة ، إلا أن مالكاً كره ذلك لمن هو من أهل العَيْنة : أعني الذي يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهر من البيع من غير أن تكون له حقيقة .

وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال ، فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر ، أو نقداً .

(وهنا تسع مسائل ،إذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين ، واتفق في الباقي) [١] وذلك أنه من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه ، فإما

---

(١) ما بين القوسين حصل تقديم وتأخير في النص بنسخة « دار الكتب الإسلامية » مما يفسد النص ، ويغير المعنى ، والصواب ما أثبتناه .

وصور هذه المسئلة كما أوضحها ابن جزي : وهي أن يشتري سلعة ، ثم يبيعها من بائعها ، ويتصور في ذلك صور كثيرة : منها ما يجوز ، ومنها ما لا يجوز ، وبيان ذلك أنه يتصور أن يبيعها منه بمثل الثمن الأول ، أو أقل ، أو أكثر ، ويتصور في كل وجه من ذلك أن يبيعها إلى الأجل الأول ، أو أقرب ، أو أبعد . وفي معنى الأقرب النقد ، فتكون الصور تسعاً ، لأن ثلاثة في ثلاثة ، بتسعة : **الأولى** : أن يبيعها بمثل الثمن إلى مثل الأجل **الثانية** : أن يبيعها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل **الثالثة** : بمثل الثمن بالنقد ، اقرب من الأجل . **الرابعة** : أن يبيعها بأقل من الثمن إلى مثل الأجل ، **الخامسة** : بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل . فهذه الصور الخمس جائزة اتفاقاً .

=

أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفي كل واحد من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين ، وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل باكثر من ذلك الثمن .

فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز . وقال الشافعى وداود وأبو ثور : يجوز ، فمن منعه فوجْهُ مَنْعِهِ اعتبارُ البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قَصَدَ دَفْعَ دنانير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهي

= **السادسة :** بأقل من الثمن نقداً ، أو إلى أقرب الأجل ، فهذه لا تجوز ، لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة ، فإن السابق بالدفع يعد مسلفاً ، لأن كل من قَدَّمَ ما لا يحل عليه ، عُدَّ مسلفاً ، فهو قد قدم دفع الأقل ، ليأخذ السلعة التي ثمنها أكثر مما دفع .

السابعة : أن يبيعها بأكثر من الثمن إلى مثل الأجل .

الثامنة : بأكثر من الثمن إلى أقرب الأجل ، أو نقداً ، فتجوز هاتان الصورتان .

التاسعة: أن يبيعهابأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل ، فهذه لا تجوز ،لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة ، فإنه أخَّره بالثمن ليأخذ أكثر ، وكل من أخر شيئاً قد حل له ، عد مسلفاً .

فتلخص من هذا أنه تجوز سبع صور ، وتمنع ثنتان ، وهما بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل ، وبأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل ، لأن كل واحدة منهما تؤدي إلى سلف جر منفعة ، ولأن المتعاقدين يتهمان بأن قصدهما دفع دنانير بأكثر منها إلى أجل ، وأن السلعة واسطة لإظهار ذلك ، فيمنع سداً للذريعة . وأجازهما الشافعي ، وداود حملاً على عدم التهمة ، ولأنهما جعلا الإقالة بيعا ثانياً .

أما سائر الصور ، فلا تتصور فيها تهمة ، (قوانين الأحكام الشرعية ص/٢٨٤) وانظر (تفسير القرطبي ٣/ ٣٦١) .

والإقالة عند مالك بيع ثان ، وعند أبي حنيفة فسخ للبيع الأول . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ٢٨٤) وهي رواية عن أحمد .

والرواية الثانية : أنها بيع . وعنده لا تجوز إلا بمثل الثمن سواء اعتبرت فسخاً ، أم بيعاً . وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول ، وأقل منه ، إذا اعتبرت بيعاً . انظر (المغني ٤/ ١٣٥) ومذهب الشافعي في الجديد بيع ، وفي القديم فسخ . انظر (المجموع ٩/ ٢٥٨) وقد تقدم مثل ذلك .

عنه فَزَوَّرَ لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنانير إلي شهر وأرد إليك عشرين ديناراً ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقداً .

وأما في الوجوه الباقيه فليس يتهم فيها لأنه إنْ أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إنْ اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية [١] عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة : بئسما شَرَيْتِ ، وبئسما اشْتَرَيْت ، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إنْ لم يتب . قالت : أرأيت إنْ تركت وأخذت الستمائة دينار ؟ قالت: فهو ﴿ **فمن جاءه مَوْعِظَة مِّن رَّبِّهِ فانتَهَى فَلَهُ ما سَلَفَ** ﴾ [٢] وقال الشافعي وأصحابه : لايثبت حديث عائشة ، وأيضا فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس . وروي مثل قول الشافعي عن ابن عمر .

---

(١) هكذا في جميع النسخ التي لدينا (أبي العالية) وهو خطأ . والصواب العالية . اسم امرأة . وكذلك وقع خطأ في (نيل الأوطار) (الغالية) بالغين ، والصواب بالعين .

(٢) البقرة آية ٢٧٥ .

وأما الحديث ، فقد قال الزيلعي : أخرجه عبد الرزاق في (مصنفه) وأخرجه الدارقطني ، والبيهقي في « سننيها » عن يونس بن أبي إسحق الهمداني عن أمه العالية . قالت : كنت قاعدة عند عائشة ، فأتتها أم محبة ، فقالت ...

قال الدارقطني : أم محبة ، والعالية ، مجهولتان لا يحتج بها . وأم محبة (بضم الميم ، وكسر الحاء) هكذا ضبطه الدارقطني في كتاب « المؤتلف ، والمختلف » وقال : إنها امرأة تروي عن عائشة ، روى حديثها أبو إسحق السبيعي عن امرأته العالية ، ورواه أيضاً يونس بن إسحق عن =

وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنَّظِرَةِ أن يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن . وعن مالك في ذلك روايتان [١] . والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها إلى : أنظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً أو بيع ما لا يجوز نساءً ، أو إلى بيع وسلف . أو إلى ذَهَبٍ وعَرَضٍ بذهب أو إلى : ضع وتعجَّل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول الربا .

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاماً بطعام قبل أن يقبضه . فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة . وأجازه الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة [٢] .

= أمه العالية بنت أيفع عن أم محبة ، عن عائشة .
وأخرجه أحمد في مسنده عن أبي إسحق السبيعي عن امرأته .. قال في التنقيح : هذا إسناد جيد ، وإن كان الشافعي قال : لا يثبت مثله عن عائشة ، وكذلك ، الدارقطني قال في العالية : هي مجهولة ، لا يحتج بها ، وفيه نظر ، فقد خالفه غيره ..
وقال ابن الجوزي : قالوا : العالية امرأة مجهولة ، لا يقبل خبرها ، قلنا : بل هي امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد في الطبقات ، فقال : العالية بنت أيفع بن شراحيل ، امرأة أبي إسحق السبيعي ، سمعت من عائشة . انظر (نصب الراية ٤/ ١٦) .

(١) قال ابن قدامة : وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فإن نقصت ، مثل أن هزل العبد . أو نسي صناعة ، أو تخرق الثوب أو بلي ، جاز له شراؤها بما شاء ، لأن نقص الثمن لنقص المبيع ، لا للتوصل إلى الربا . انظر (المغني ٤/ ٢٣٤) .

(٢) ما ذكره المؤلف عن الشافعي من جواز بيع الطعام بالطعام قبل قبضه فيه نظر ، فقد قال ابن قدامة : وكل ما يحتاج إلى قبض ، إذا اشتراه ، لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي ﷺ « من ابتاع طعاما ، فلا يبعه ، حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه ، فلم يجز بيعه كالسلم ، ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً ، إلا ما حكي عن البتي : أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، قال ابن عبد البر : وهذا مردود بالسنة ، والحجة المجمعة على الطعام . (المغني ٤/ ١٢٦) .
وقال النووي : بيع المبيع قبل قبضه : مذهبنا بطلانه مطلقاً ، سواء كان طعاماً أم غيره ، ثم =

وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام نساءً ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصد إلى ذلك .

ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاماً بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشتري طعاماً بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له ، فأجاز ذلك الشافعي وقال : لا فرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ، ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى . لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه [1] .

وصورة الذريعة في ذلك أن يشتري رجل من آخر طعاماً إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام . ولكن اشتري منك الطعام الذي وجب لك علي ، فقال : هذا لا يصح ، لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبع طعاماً مني وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعني أن يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن

= قال : قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً ، فليس له بيعه حتى يقبضه . انظر (المجموع ٩/ ٢٥٩) ففي بيع الطعام بالطعام إجماع أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، لكن الخلاف في غير الطعام ، فمنهم من أجاز بيعه قبل قبضه ، ومنهم من منعه ، ومنهم الشافعي . وأظهر الروايتين عن أحمد الجواز . انظر (المغني ٤/ ١٢٧) .

(١) نقل النووي عن الشيخ أبي حامد : إذا باع طعاماً بثمن مؤجل فحل الأجل ، فأخذ بالثمن طعاماً ، جاز عند الشافعي ، قاله الشافعي ، وقال مالك : لا يجوز ، لأنه يصير في معنى بيع الطعام بطعام مؤجل .

ودليل الشافعي : أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذي له عليه ، لا بالطعام . انظر (المجموع ٩/ ٢٦٤) .

ولكن المسألة التي ذكرها المؤلف المبيع في الذمة ، لا الثمن . فعلى قياس مذهب الشافعي يجوز أن يشتري الطعام من البائع ، ثم يسلمه إليه بدلاً من طعامه الذي في الذمة .

المدفوع إنما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته .

وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا ، وإنما يراعي فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال : أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولاً أو شهراً أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفني دراهم وأمهلني بها حولاً أو شهراً جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرني أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغي أن نذكر ههنا هذين الأصلين .

أما : ضع وتعجل ، فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، فأجاز مالك وجمهور من ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه [١] .

وعمدة من لم يجز : ضع وتعجل ، أنه شبيه بالزيادة مع النَّظِرَةِ المجتمع على

---

(١) إذا كان عليه دين مؤجل ، فقال لغريمه : ضع عني بعضه ، وأعجل لك بقيته ، لم يجز ذلك عند أحمد ، وكرهه زيد بن ثابت ، وابن عمر ، والمقداد ، وسعيد بن المسيب ، وسالم ، والحسن ، وحماد ، والحكم ، والشافعي ، ومالك ، والثوري ، وهشيم ، وابن عُلَيّة ، وإسحق ، وأبو حنيفة .
وقال المقداد : لرجلين فعلا ذلك : قد آذنا بحرب من الله ورسوله .
وروي عن ابن عباس : أنه لم ير به بأساً . وروي ذلك عن النخعي ، وأبي ثور ، لأنه آخذ لبعض حقه ، تارك لبعضه ، فجاز كما لو كان الدين حالاً . انظر (المغني ٤/ ٥٦) وانظر (الكافي ٢/ ٣) لمذهب مالك .

تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه في الموضعين جميعاً ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمناً ، وعمدة من أجازما روي عن ابن عباس « أن النبي ﷺ لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا : يانبي الله .. إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تَحِلّ ، فقال رسول الله ﷺ : « ضعوا وتعجلوا » [١] فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث .

وأما بيع الطعام قبل قبضه . فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي . وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » [٢] . واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع **أحدها** : فيا يشترط فيه القبض من المبيعات . **والثاني** : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط . **والثالث** : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وجزافاً . ففيه ثلاثة فصول :

---

(١) الحديث رواه الدارقطني في سننه .

(٢) انظر الإجماع على ذلك ، ومخالفة البتي (نيل الأوطار ٥/ ١٧٩) والحديث رواه مسلم ، وأحمد عن جابر بلفظ « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه » .

وعن أبي هريرة بلفظ « نهى رسول الله ﷺ أن يشتري الطعام ، ثم يباع حتى يُستوفى » .

قال الشوكاني : وحكى في الفتح عن مالك في المشهور عنه الفرق بين الجزاف ، وغيره ، فأجاز بيع الجزاف قبل قبضه ، وبه قال الأوزاعي ، وإسحق ، واحتجوا بأن الجزاف يرى ، فيكفي فيه التخلية ، والاستبقاء إنما يكون في مكيل ، أو موزون . انظر (نيل الأوطار مع منتقى الأخبار ٥/ ١٧٨) .

وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً ؛ فلا يبعه حتى يقبضه » رواه البخاري ، ومسلم .

الفصل الأول

فيما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان : **إحداهما** : المنع وهي الأشهر . وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعام الكيل والوزن . **والرواية الأخرى** : الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل بيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار .

وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع ، وبه قال الثوري . وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس ، وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة ، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود . فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال [١] :

---

(١) مذهب الشافعي في بيع المبيع قبل القبض بطلانه مطلقاً ، سواء كان طعاماً ، أو غيره . وبه قال ابن عباس ، ثبت ذلك عنه ، ومحمد بن الحسن .

قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً ، فليس له بيعه حتى يقبضه ، قال : واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب **أحدها** : لا يجوز بشيء قبل قبضه ، سواء في جميع المبيعات كما في الطعام ، قال به الشافعي ، ومحمد بن الحسن .

الثاني : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل ، والموزون ، قاله عثمان بن عفان ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، وأحمد ، وإسحق . **الثالث** : لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور ، والأرض قاله أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، **الرابع** : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب قاله مالك ، وأبو ثور . قال ابن المنذر : وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى . انظر (المجموع ٢٥٩/٩) و (المغني ١٢٤/٤) .

الأول : في الطعام الربوي فقط . **والثاني** : في الطعام بإطلاق . **الثالث** : في الطعام المكيل والموزون . **الرابع** : في كل شيء ينقل . **الخامس** : في كل شيء . **السادس** : في المكيل والموزون . **السابع** : في المكيل والموزون والمعدود . أما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم .

وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل بيع وسلف ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك » [1] وهذا من باب بيع ما لم يضمن . وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري ، واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال : قلت « يارسول الله .. إني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم ؟ فقال :

(١) حديث « نهى عن بيع وسلف .. » أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ « لا يحل سلف ، وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » قال الزيلعي : قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، واختصره ابن ماجة ، فذكر ربح ما لم يضمن ، وبيع ما ليس عندك فقط . قال

(١) الزيعلي : ولم ينصف المنذري في « مختصره » إذ عزا الحديث بتمامه لابن ماجة ، مع أن أصحاب الأطراف بينوه ، انظر (نصب الراية ٤/ ١٨) لكن الشافعية لم يحتجوا بهذا الحديث ، ولكن حجتهم حديث حكيم بن حزام ، وحديث زيد بن ثابت « أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » رواه أبو داود بإسناد صحيح ، إلا أنه من رواية محمد بن إسحق بن يسار عن أبي الزناد ، وابن إسحق مختلف في الاحتجاج به ، وهو مدلس ، وقد قال : عن أبي الزناد ، والمدلس إذا قال : (عن) لا يحتج به ، ولكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث ، وما لم يضعفه ، فهو حجة عنده ، فلعله اعتضد عنده ، أو ثبت عنده بسماع ابن إسحق له من أبي الزناد ، وبالقياس على الطعام . انتهى كلام النوويّ . انظر (المجموع ٩/ ٢٦٠) وقد رواه حكيم بن حزام بلفظ « نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال : عن سلف ، وبيع ، وشرطين في بيع ، وبيع ما ليس عندك ، وربح ما لم يضمن » رواه الطبراني ، ومالك ، انظر (نصب الراية ٤/ ١٩) .

يا ابن أخي .. إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه »[1] قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحي بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال .... ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين .

ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ، لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية ، وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهي عن بيع ما لم يضمن .

(١) حديث حكيم بن حزام رواه أحمد ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، وصححه من حديث يوسف ابن ماهك عن حكيم بن حزام مطولاً ، ومختصراً ، وصرح همام عن يحي بن أبي كثير أن يعلى بن حكيم حدثه أن يوسف حدثه أن حكيم بن حزام حدثه ، ورواه هشام الدستوائي ، وأبان العطار ، وغيرهما عن يحي بن أبي كثير ، فأدخلوا بين يوسف ، وحكيم : عبد الله بن عصمة . قال الترمذي : حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن حكيم ، ورواه عوف عن ابن سيرين عن حكيم ، ولم يسمعه ابن سيرين منه ، إنما سمعه من أيوب عن يوسف بن ماهك عن حكيم ، ميز ذلك الترمذي ، وغيره ، وزعم عبد الحق أن عبد الله بن عصمة ضعيف جداً ، ولم يتعقبه ابن القطان ، بل نقل عن ابن حزم أنه قال : هو مجهول . وهو جَرْحٌ مردود ، فقد روى عنه ثلاثة ، واحتج به النسائي . انظر (التلخيص ٣/ ٥) .

الفصل الثاني

في الاستفادات التي يُشْتَرطُ في بيعها القَبْضُ من التي لا يشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات ، والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : **أحدها :** يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهي البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره . **والقسم الثاني :** لا يختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض . **والقسم الثالث :** فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً . أعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والإقالة والتولية . وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام :

أما ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه ، وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء ، وأما ما كان خالصاً للرفق ، أعني القرض ، فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخُلْع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهي التولية والشركة والإقالة . فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان . فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض . وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع ، لا بيع [1] .

---

(١) قال ابن قدامة : وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض ، لم يجز التصرف فيه قبل قبضه ، والأجرة ، وبدل الصلح إذا كانا من المكيل ، والموزون ، أو المعدود ، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه ، جاز التصرف فيه قبل قبضه ، كعوض الخلع ، والعتق على مال ، وبدل الصلح =

فعمـدة من اشترط القبض في جميع المعـاوضـات أنهـا في معني البيـع المنهي عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقـالـة والشركة للأثر والمعنى .أمـا الأثر فما رواه من مرسل سعيـد بن المسيب أن رسـول اللـه ﷺ قـال : « من ابتـاع طعـاماً فـلا يبعـه حتي يستـوفيـه الإ مـا كان من شركـة أو تـوليـة أو إقالة » (١) وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغـابنـة إذا لم تدخلها زيادة أو نقصـان . وإنمـا استثنى من ذلـك أبـو حنيفـة الصداق والخُلْعَ والجُعْلَ ، لأن العوض في ذلك ليس بيناً إذا لم يكن عَيْناً .

* * *

= عن دم العمد ، وأرش الجنايـة ، وقيمـة المتلف ، لأنه المطلق لتصرف الملـك ، وقد وجـد ، لكن ما يتوهم فيه غرر لانفساخ بهلاك المعقود عليـه ، لم يجز بنـاء عقـد آخر عليـه تحرزاً من الغرر ، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر ، انتفى المانع ، فجاز العقـد عليـه ، وهـذا قول أبي حنيفـة ، والمهر كذلك عنـد القـاضي ، وهو قول أبي حنيفـة ، لأن العقـد لا ينفسخ بهلاكـه . وقـال الشـافعي : لا يجوز التصرف فيـه قبـل قبضـه ، ووافقـه أبـو الخطـاب في غير المتعين ، لأنـه يخشى رجـوعـه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول ، أو إنفساخه بسبب من جهة المرأة ، أو نصفه بـالطلاق ، أو إنفساخه بسبب من غير جهتها ، وكذلك قال الشافعي في عِوَض الخلع ، وهذا التعليل بـاطل بما بعد القبض ، فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول .

وأما ما مُلِـكَ بـإرث ، أو وصيـة ، أو غنيـة ، وتعين ملكـه فيـه ، فـإنـه يجوز لـه التصرف فيـه بالبيع ، وغيره قبل قبضه ، لأنه غير مضمون بعد معاوضته ، فهو كالبيع المقبوض ، وهـذا مـذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وإن كان لإنسان في يـد غيره وديعـة ، أو عارية ، أو مضاربة ، أو جعله وكيلاً فيه ، جاز له بيعه ممن هو في يده ، ومن غيره ، لأنـه عين ما مقدورٌ على تسليمها ، لا يخشى انفسـاخ الملـك فيهـا ، فجـاز بيعهـا كالتي في يـده ، وإن كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده ، لأنه مقبوض معه ، فأشبه بيع العارية ممن هي في يده .

وأما بيعه لغيره ، فإن كان عاجزاً عن استنقـاذه ، أو ظن أنـه عـاجز . لم يصح شراؤه لـه ، لأنـه معجوز عن تسليمه إليه ، فأشبه بيع الآبق ، والشارد . انظر (المغني ٤/ ١٢٩) .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » ينتهي القوس عند قوله « يستوفيـه » والصواب مـا أثبتنـاه ، لأنه من الحديث . والحديث بهذا اللفظ رواه عبد الرزاق في مصنفه .

وانظر قول مالك في الشركة ، والتولية ، والإقالة ، فلم يشترط فيها القبض . (الموطـأ ١/ ٦٧٦) و (الكافي ٢٦/٢) وخالفه الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، انظر (المغني ١٣١/٤) .

الفصل الثالث

في الفرق بين ما يباع من الطعام مَكِيلاً وجُزافاً

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافاً ، فإنَّ مالكاً رَخَّصَ فيه وأجازه وبه قال الأوزاعي ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي [١] وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روي عن ابن عمر أنه قال : « كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام جزافاً ، فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه » [٢] قال أبو عمر : وإنْ كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجَوَّده عبد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم فى حفظ حديث نافع .

وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه ، وهو المسمى عَيْنَة عند من يرى نقله من باب الذريعة إلى الربا .

وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيوع الغرر ، وصورة التذرع منه إلى الربا المنهي عنه أن يقول رجل لرجل :

---

(١) وبقول مالك قال الأوزاعي ، وإسحق ، واحتجوا بأن الجزاف يرى ، فيكفي فيه التخلية ، والاستبقاء إنما يكون في مكيل أو موزون ، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد في رواية : لا يجوز بيعها إلا بعد قبضها . وعن أحمد رواية كقول مالك . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٧٩) و (المغني ١٣٨/٤) و (الكافي ٢٤/٢) لمذهب مالك .

(٢) حديث ابن عمر رواه الجماعة إلا الترمذي ، وابن ماجة بلفظ « كانوا يبتاعون الطعام جزافاً بأعلى السُّوق ، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه » . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٧٨) .

أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كـذا ضعفهـا ، فيقول لـه : هـذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العـدد ، ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعـد أن كمل البيع بينهما ، وتلـك السلعة قيمتهـا قريب ممـا كان سـألـه أن يعطيـه من الـدراهم قرضـاً فيرد عليـه ضعفها ، وفي المـذهب في هـذا تفصيل ليس هـذا موضع ذكره ، ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنهـا غير جـائزة فى المـذهب : أعنى إذا تقـارّا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها ، وأما الدَّيْن بـالـدَّيْن ، فـأجمع المسلمون على منعه .

واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القـاسم لا يجيز أن يـأخـذ الرجـل من غريمـه فى دَيْن لـه عليـه تمراً قـد بـدا صـلاحـه ولا سكنى دار ولا جـاريـة تتواضع ، ويراه من بـاب الـدَّيْن بـالـدَّيْن . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من بـاب الـدين بـالـدين ، وإنمـا الـدين بالدين مالم يشرع في أخـذ شيء منـه . وهو قيـاس عـدد كثير من المـالكيين . وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

ومما أجازه مالك من هذا الباب وخـالفـه فيـه جمهور العلمـاء مـا قـالـه في « المدونـة » من أن النـاس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطـاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً قال : ولم ير الناس بذلك بأسـا ، وكـذلـك كل ما يبتـاع في الأسواق . وروى ابن القـاسم أن ذلـك لا يجوز إلا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعـه . وأمـا القمح وشبهـه فلا ، فهـذه هي أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وعن علم .

* * *

الباب الثالث

في البُيوعِ المَنْهِيّ عنها

وهى البيوع المنهي عنها من قِبَلِ الغَبْن الذي سببه الغَرَر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إمّا من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع ، أو بقَدْره أو بأجله إنْ كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته : أعني بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها .

ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف في شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه ، ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون في نفس الفقه : أعني في رد الفروع إلى الأصول .

فأما المنطوق به في الشرع فمنه « نهيه ﷺ عن بيع حَبَلِ الحَبَلَة »[١] ومنها

---

(١) حديث بيع حَبَل الحبلة متفق عليه عن ابن عمر بلفظ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة ، وكان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية إلى أن تُنتج الناقة ، ثم تُنتج التي في بطنها » متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار ٥/ ١٦٦) .

قال الحافظ : وفيه تفسيره ، وفصله بعضهم من قول نافع ، وهو في المدرج للخطيب ، ووهم ابن الجوزي في جامع المسانيد ، فزعم أنه من أفراد مسلم .

قال الحافظ : الحبل ، والحبلة بفتح الباء فيهما ، وغلط من سَكّنها واختلف في تفسيره ، فوافق مالك ، والشافعي ، وغيرهما لما وقع في الرواية ، وفسره أبو عبيدة ، وأبو عبيد ، وغيرهما من أهل اللغة ببيع ولد الناقة الحامل في الحال . وبه قال أحمد ، وإسحق . ويؤيد الأول رواية البزار قال فيها : وهو نِتَاج النتاج ، وأغربَ ابن كيسان ، فقال : المراد بيع العنب قبل أن=

« نهيه عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تُزْهى [١] ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة » [٢] ومنها « نهيه عن المعاومة [٣] ، وعن بيعتين في بيعة . وعن بيع وشرط [٤] ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبلْ حتى يبيض والعنب حتى يَسْوَدّ » [٥] « ونهيه عن المضامين والملاقيح » [٦] .

= يشتد ، والحبلة الكرم ، حكاه السهيلي ، وادعى تفرده به ، وليس كذلك ، فقد وافقه ابن السكيت في كتاب الألفاظ ، ونسبه صاحب المفهم إلى المبرد . (التلخيص ٣/ ١١) وانظر (سبل السلام ٣/ ١٤) .

(١) حديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها . متفق عليه انظر (نصب الراية ٤/ ٥) .

(٢) حديث النهي عن الملامسة ، والمنابذة . متفق عليه من حديث أبي هريرة ، ومن حديث أبي سعيد . انظر (التلخيص) .

والنهي عن بيع الحصاة رواه مسلم ، والبزار من طريق حفص بن عاصم بل رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (منتقى الأخبار ٥/ ١٦٨) .

(٣) النهي عن بيع المعاومة . متفق عليه (نيل الأوطار ٥/ ١٩٨) وحديث بيعتين في بيعة : رواه الشافعي ، وأحمد ، والترمذي ، والنسائي . قال الترمذي : حسن صحيح ، وفي الباب عن ابن عمر ، وابن عمرو ، وابن مسعود . انظر (التلخيص) .

(٤) النهي عن بيع وشرط . قال الحافظ : بَيَّضَ له الرافعي في التذنيب ، واستغربه النووي ، وقد رواه ابن حزم في المحلى ، والخطابي في المعالم ، والطبراني في الأوسط ، والحاكم في علوم الحديث من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به في قصة طويلة مشهورة ، ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي ، ونقل فيه عن ابن أبي الفوارس أنه قال : غريب ، ورواه أصحاب السنن إلا ابن ماجة ، وابن حبان ، والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : « لا يحل سلف ، ولا بيع ، ولا شرطان في بيع » انظر (التلخيص ٣/ ١٢) .

(٥) النهي عن بيع العنب حتي يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة عن حماد بن سلمة عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ . قال الترمذي : حديث حسن غريب ، لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة ، ورواه ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في المستدرك ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، انظر (نصب الراية ٤/ ٥) .

(٦) النهي عن « بيع الملاقيح ، والمضامين » رواه إسحق بن راهويه ، والبزار من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة ، وفي إسناده صالح بن أبي الأخضر عن الزهري ، وهو ضعيف ، وقد رواه مالك في الموطأ عن الزهري مرسلاً . قال الدارقطني في العلل : تابعه معمر ، ووصله عمر =

أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ، أو يبتاعه ليلاً ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعَيْن إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة [١] ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى : أي ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمي بها فهو لي ، وقيل أيضاً إنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع . وهذا قمار

وأما بيع حَبَلِ الحَبَلَةِ ففيه تأويلان : **أحدهما** : أنها كانت بيوعاً يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها ، والغرر من جهة الأجل في هذا بين ، وقيل إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هي ما في بطون الحوامل ، والملاقيح ما في ظهور الفحول ،فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها .

وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تُزْهى » [٢] ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها

= ابن قيس عن الزهري ، والصحيح قول مالك ، وفي الباب عن عمران بن حصين ، وهو في البيوع لابن أبي عاصم ، وعن ابن عباس في الكبير للطبراني ، والبزار ، وعن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق ، وإسناده قوي . انظر (التلخيص ٣/ ١٢) .

(١) النهي عن المنابذة متفق عليه انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٧٠/٥) وحديث بيع الحصاة رواه مسلم ، وللبزار من طريق حفص بن عاصم عنه : نهى عن بيع الحصاة ، يعني إذا قذف الحصاة ، فقد وجب البيع . انظر (التلخيص ٣/ ١٢) .

(٢) حديث « النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » أخرجه البخاري ، ومسلم وكان إذا سئل عن صلاحها ، قال : حتى تذهب عاهتها ، والنهي عن بيع النخل حتى يزهو رواه البخاري ، ومسلم . قيل : ما يزهو ؟ قال : يحمارّ ، أو يصفارّ . انظر (نصب الراية ٤/ ٥) بل رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٩٥) .

نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تُزْهى أو بعد أن تُزْهى ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع ، **أما القسم الأول :** وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة [١] .

وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة » وهي بيع الشجر أعواماً ، إلا ما روي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه ، وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره ، إلا ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن . وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور : إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى . وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه . إلا ما روي عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك . وهي رواية ضعيفة .

وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار . فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك

---

(١) حديث النهي عن بيع السنين والمعاومة ، متفق عليه ، انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٩٨/٥) ومعنى المعاومة : هي بيع الشجر أعواماً كثيرة ، وهي مشتقة من العام ، وقيل : اكتراء الأرض سنين ، وكذلك بيع السنين ، هو أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد ، لأنه بيع غرر ، وبيع ما لم يوجد .

والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر[١] على ما سيأتي بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب

---

(١) قال الشوكاني : وقد اختلف في بيع الثمر قبل بدو صلاحها على أقوال :

الأول : أنه باطل مطلقاً ، وهو قول ابن أبي ليلى ، والثوري ، وهو ظاهر كلام الهادي ، والقاسم . قال في الفتح : ووهم من نقل الإجماع فيه .

الثاني : أنه إذا شرط القطع لم تبطل ، وإلا بطل ، وهو قول للشافعي ، وأحمد ، ورواية عن مالك ، ونسبه الحافظ إلى الجمهور .

الثالث : أنه يصح إن لم يشترط التبقية ، وهو قول أكثر الحنفية . قالوا : والنهي محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلاً . وقد حكى صاحب البحر الإجماع على عدم جواز الثمر قبل خروجه . وحكى أيضاً الاتفاق على عدم جواز بيعه قبل صلاحه بشرط البقاء .

فأما البيع بعد الصلاح ، فيصح مع شرط القطع إجماعاً ، ويفسد مع شرط البقاء إجماعاً ، إن جهلت المدة ، كذا في البحر .

ثم قال الشوكاني : واعلم أن ظاهر أحاديث الباب ، وغيرها المنع من بيع الثمر قبل الصلاح ، وأن وقوعه في تلك الحالة باطل ، كما هو مقتضى النهي ، ومن ادعى أن مجرد شرط القطع يصحح البيع قبل الصلاح ، فهو محتاج إلى دليل يصلح لتقييد أحاديث النهي ، ودعوى الإجماع على ذلك لا صحة لها لما عرفت من أن أهل القول الأول يقولون بالبطلان مطلقاً ، وقد عَوَّلَ المجوِّزون مع شرط القطع في الجواز على علل مستنبطة ، فجعلوها مقيدة للنهي ، وذلك مما لا يفيد من لم يسمح بمفارقة النصوص لمجرد خيالات عارضة ، وشُبَهٍ واهية ، تنهار بأيسر تشكيك فالحق ما قاله الأولون من عدم الجواز مطلقاً ، وظاهر النصوص أيضاً أن البيع بعد ظهور الصلاح صحيح ، سواء شرط البقاء ، أم لم يشترط ، لأن الشارع قد جعل النهي ممتداً إلى غاية بدو الصلاح ، وما بعد الغاية مخالف لما قبلها ، ومن ادعى أن شرط البقاء مفسد ، فعليه الدليل . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٩٦) وانظر (بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٨٠) لمذهب أبي حنيفة . وما قاله الشوكاني نراه هو الصواب . والله أعلم .

الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أرأيت إنْ منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » (١) لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق : أعني النهي عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع .

واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال : هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهي يتناوله بعمومه قال : لا يجوز ، ومن حمله على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع .

وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله ﷺ قال : « من باع نخلاً قد أبرت ، فثمرتها للبائع إلا أن يشتريها المبتاع » (٢) قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً ، وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب ، واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان ، أصابه ما أَضَرَّ به قشام ومراض - لعاهات يذكرونها - فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم : « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » (٣) وربما قالوا : إن المعنى الذي

---

(١) حديث « أرأيت إن منع الله الثمرة .. » متفق عليه .

(٢) حديث ابن عمر « من باع نخلاً أبرت .. » رواه البخاري ، ومسلم .

(٣) حديث زيد بن ثابت رواه البخاري انظر (٤/ ٣١٣) مع فتح الباري .

دلَّ عليه الحديث في قوله « حتى يبدو صلاحـه » هو ظهور الثمرة بـدليل قولـه عليه الصلاة والسلام « أرأيت إنْ منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقـد كان يجب على من قـال من الكـوفيين بهـذا القـول ولم يكن يرى رأي أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمار قبل بـدو صلاحهـا على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهـاء على الخصوص : أعني إذا بيع الثمر مع الأصل .

وأمـا شراء الثمر مطلقـاً بعـد الزهو فلا خلاف فيـه ، والإطـلاق فيـه عنـد جمهور فقهـاء الأمصـار يقتضي التبقيـة ، بـدليل قولـه عليـه الصلاة والسـلام : « أرأيت إنْ منع الله الثمرة ... » الحديث . ووجه الـدليل منـه أن الجوائح إنمـا تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وأمـا بعـد بـدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلاً ، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جـائحـة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلاً .

وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية [1] ، والإطلاق عنـدهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحـديث ، وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضي تسليمه وإلا لَحِقَهُ الغرر ، ولـذلـك لم يجز أن تبـاع الأعيـان إلى أجل . والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيـان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كلـه دفعـة ، فـالكوفيون خـالفوا الجمهور في بيـع الثمار في موضعين : **أحدهما** : في جواز بيعها قبل أن تزهى .

والثاني : في منع تبقيتها بالشرط بعـد الإزهـاء أو بمطلق العقـد ، وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني : أعني في شرط القطع وإن أزهى ، وإنمـا كان خـلافهم في المـوضـع الأول أقرب لأنـه من بـاب الجمع بين

---

(١) انظر (بدائع الصنائع ٣٠٨٢/٧) لمذهب أبي حنيفة . و (عون المعبود ٢٢١/٩) .

حديثي ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضاً مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بُدُوُّ الصلاح الذي جَوَّزَ رسول الله ﷺ البيع بعده ، فهو أن يَصْفَرَّ فيه البُسْرُ ويَسْوَدَّ فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالجملة أن تظهر في الثمر صفة الطِّيبِ ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار ، لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه سئل عن قوله « حتى يُزْهى » ، فقال : حتى يحمرّ » وروي عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد » .

وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثُّرَيّا [١] ، وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضاً « سئل عن قول رسول الله ﷺ إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » [٢] وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « إذا طلع النجم صباحاً رفعت العاهات عن أهل البلد » [٣] وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد ـ والله أعلم ـ طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا .

فالمحصل في بُدُوِّ الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول إنه الإزهاء ، وهو

---

(١) روى هذا الأثر مالك في الموطأ . انظر (٢/ ٦١٩) ورواه البخاري انظر (فتح الباري مع البخاري ٤/ ٣١٤) .

(٢) قال الحافظ : رواه أحمد من طريق عثمان بن عبد الله بن سراقة ، سألت ابن عمر عن بيع الثمار ، فقال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة ، قلت : ومتى ذلك ؟ قال : حتى تطلع الثريا . انظر (الفتح ٤/ ٣١٤) .

(٣) ذكر الحافظ في الفتح أنه رواه أبو داود . انظر (الفتح ٤/ ٣١٤) وتابعه الشوكاني في (نيل الأوطار ٥/ ١٩٦) ولكن لم أجده في أبي داود .

المشهور ، وقول إنه طلوع الثريا ، وإن لم يكن في الحائط في حين البيع إزهاء ، وقول : الأمران جميعاً ، وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك : إنه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطِّيبِ لم يبع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه في ذلك الليث .

وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض ، وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لا في كله ، إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعاً ، لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدأ الطيب في الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد .

وقال الشافعي ، لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط [1] . ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحداً

---

(١) قال ابن قدامة : ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة ، أو الشجرة صلاح لجميعها . أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك . ولا أعلم فيه خلافاً ، وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان ، أظهرهما : جوازه ، وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه لأن ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي ، ولأنه لم يَبْدُ صلاحه ، فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر ، وكالذي في البستان الآخر .

ووجه الأولى : أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو فيه ، فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ، ولأن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق .

وقال محمد بن الحسن : ما كان متقارب الإدراك ، فَبُدُوُّ صلاح بعضه يجوز به جميعه ، وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخيراً كثيراً ، فالبيع جائز فيا أدرك ، ولا يجوز في الباقي . وقال أبو الخطاب : يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس ، وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي .

فأما النوع الواحد من بساتين ، فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع عند أحمد حتى يبدو الصلاح في أحدهما ، متجاورَيْن كانا ، أو متباعدَيْن . وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن =

للنوع الواحد . والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهي مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا ـ كما قال ـ لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد ، فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار .

ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يَبْيَضَّ والعنب حتى يَسْوَدَّ ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحِنْطَةِ في سنبلها دون السنبل ، لأنه بَيْعُ ما لم تُعْلَمْ صفتُه ولا كثرته . واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ، وقال الشافعي : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد ، لأنه من باب الغَرَرِ وقياساً على بيعه مخلوطاً بِتِبْنِهِ بَعْدَ الدَّرْسِ [١] .

وحجة الجمهور شيئان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روي عن نافع عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل حتى تُزْهَى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » [٢] وهي زيادة على ما رواه

= أحمد رواية أخرى : أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ، ولما قاربه ، وبهذا قال مالك ، لأنها يتقاربان في الصلاح ، فأشبها القراح الواحد ، ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وجد . قال ابن قدامة : والمذهب الأول ، انظر (المغني ٤/ ١٠٠) .

(١) قال النووي : فيه دليل (أي الحديث) لمذهب مالك ، والكوفيين ، وأكثر العلماء أنه يجوز بيع السنبل المشتد . وأما مذهبنا ، ففيه تفصيل ، فإن كان السنبل شعيراً ، أو ذرة ، أو ما في معناها مما ترى حباته ، جاز بيعه ، وإن كان حنطة ، ونحوها مما تستتر حباته بالقشور التي تزال بالدياس ، ففيه قولان للشافعي رضي الله عنه ، الجديد أنه لا يصح ، وهو أصح قوليه ، والقديم أنه يصح . وأما قبل الاشتداد ، فلا يصح بيع الزرع إلا بشرط القطع . انظر (شرح النووي لمسلم ٦/ ٣٨٩) بهامش إرشاد الساري . وبهذا يتبين أن قول المؤلف لمذهب الشافعي ليس على إطلاقه فتأمل ذلك .

(٢) تقدم تخريج الحديث وقد رواه الخمسة إلا النسائي ، وصححه ابن حبان . والحاكم ، انظر (بلوغ =

مـالـك من هـذا الحـديث ، والزيـادة إذا كانت من الثقـة مقبـولـة وروي عن الشافعي أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنـه لا يصح عنـده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتـد فلا يجوز عنـد مالك ، إلا على القطع .

وأما بيع السنبل غير محصود . فقيل عن مالـك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان في حِزَمِـهِ . وأمـا بيعـه في تبنـه بعـد الـدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هـذا إذا كان جُزافـاً ، فـأمـا إذا كان مكيـلاً فجـائـز عنـد مـالـك ، ولا أعرف فيـه قولاً لغيره . واختلف الـذين أجـازوا بيع السنبـل إذا طـاب على من يكـون حصـاده ودرسـه ، فقـال الكـوفيـون : على البـائـع حتى يعملـه حَبّاً للمشتري ، وقال غيرهم : هو على المشتري [١] .

ومن هـذا البـاب مـا ثبت « أن رسـول الله ﷺ نهى عن بيعتَيْن في بَيْعة » [٢] وذلك من حـديث ابن عمر وحـديث ابن مسعود وأبي هريرة . قـال

= المرام ٣/ ٤٥ مع سبل السلام ٣/ ٤٥) وانظر مسلم مع شرح النووي .

(١) من اشترى زرعاً ، أو جزة من الرطبة ، ونحوها ، أو ثمرة في أصولها ، فإن حصـاد الزرع ، وجـذ الرطبة ، وجـذاذ الثمرة على المشتري . وهو مـذهب أبي حنيفـة ، والشـافعي ، وأحمـد ، لأن نقل المبيع وتفريغ ملـك البـائع منـه على المشترى ، كنقل الطعـام المبيـع من دار البـائـع ، ويفـارق الكيل ، والوزن ، فإنها على البـائع ، لأنها من مؤنـة التسليم إلى المشترى ، والتسليم على البـائع ، وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع ، بدليل جواز بيعها ، والتصرف فيها .
قال ابن قدامة : لا أعلم فيه مخالفاً . انظر (المغني ٤/ ١٠٦) .

(٢) رواه أبو داود بلفظ « من باع بيعتين في بيعة ، فله أوكسها ، أو الربا » قال الشوكاني : حـديث أبي هريرة بهـذا اللفـظ في إسنـاده محمـد بن عمر بن علقمـة ، وقـد تكلم فيـه غير واحـد . قـال المنذري : والمشهور عنه من رواية الدراوردي ، ومحمد بن عبد الله الأنصـاري أنـه ﷺ « نهى عن بيعتين في بيعـة » وبهـذا اللفـظ رواه أحمـد ، والنسـائي ، والترمـذي ، وصححـه . وقـد تقـدم تخريجه . وأخرجه أيضاً الشافعي ، ومالك في بلاغاته . انظر (منتقى الأخبـار مع نيل الأوطـار ٥/ ١٧١) .

أبو عمر : وكلها من نقل العدول . فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموماً ، واختلفوا في التفصيل ، أعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها . واتفقوا أيضاً على بعضها ، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : أحدها : إما في مثمونين بثمنين ، أو مثمون واحد بثمنين ، أو مثمونَيْن بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم .

أما في مثمونين بثمنين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : **أحدهما** : أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعني هذه الدار بثمن كذا ، **والثاني** : أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بثمنين ، فإن ذلك يتصور أيضاً على وجهين : **أحدهما** : أن يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمن كذا ، وأما مثمونان بثمن واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بثمن كذا .

أما الوجه الأول : وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعي على أنه لا يجوز[١] ، لأن الثمن في كليهما يكون مجهولاً ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن

---

(١) قال النووي لمذهب الشافعي : إذا باعه شيئاً بشرط أن يبيعه داره ، أو يشتري منه عبده ، فالعقد الأول باطل . انظر (المجموع ٩/ ٣٦٨) وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٤/ ٢٥٠) و (٢٥٨) .

قال ابن قدامة : وهذا لا يصح ، قال ابن مسعود « الصفقتان في صفقة ربا » . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي وأحمد ، وجمهور العلماء ، وجوزه مالك ، وقال : لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد ، إذا كان معلوماً حلالاً .

ومثله أن يقول : بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا ، أو على أن تبيعني دارك ، أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا ، أو على أن تزوجني ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتي . انظر (المغني ٤/ ٢٥٨) .

الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد ، وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة إنما هو جهل الثمن أو المثمون . **وأما الوجه الثاني :** وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء أكان النقد واحداً أو مختلفاً ، وخالف عبد العزيز ابن أبي سلمة في ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحداً أو مختلفاً ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ، وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوباً وديناراً بثوب ودينار ، وذلك لا يجوز على أصل مالك .

وأما الوجه الثالث : وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف في أنه لا يجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي ، لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ، وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغَرَرِ التي نُهِي عنها ، وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلاً ، وهذا كله إذا كان الثمن نقداً ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلاً [1] .

---

(١) قال الشوكاني (من باع بيعتين) فسره سماك بما رواه المصنف عن أحمد عنه ، وقد وافقه على مثل ذلك الشافعي ، فقال : بأن يقول : بعتك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة ، فخذ أيها =

= شئت أنت ، وشئت أنا ، ونقل ابن الرفعة عن القاضي أن المسألة مفروضة على أنه قَبِلَ على الإبهام . أما لو قال : قبلت بألف نقداً ، أو ألفين بالنسيئة ، صح ذلك .

وقد فسره الشافعي بتفسير آخر ، فقال : هو أن يقول : بعتك ذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا : أي إذا وجب لك عندي ، وجب لي عندك ، وهذا يصلح تفسيراً للرواية الأخرى من حديث أبي هريرة ، لا للأولى : فإن قوله (فله أوكسهما) يدل على أنه باع الشيء الواحد بيعتين : بيعة بأقل ، وبيعة بأكثر .

وقيل في تفسير ذلك ، هو أن يسلفه ديناراً في قفيز حنطة إلى شهر ، فلما حل الأجل ، وطالبه بالحنطة قال : بعني القفيز الذي لك عليَّ إلى شهرين بقفيزين ، فصار ذلك بيعتين في بيعة ، لأن البيع الثاني قد دخل على الأول ، فيرد إليه أوكسهما ، وهو الأول ، كذا في شرح السنن لابن رسلان . قال الشوكاني ؛ في قوله « فله أوكسهما ، أو الربا » يعني ، أو يكون قد دخل هو ، وصاحبه في الربا المحرم ، إذا لم يأخذ الأوكس (الأنقص) بل أخذ الأكثر ، وذلك ظاهر في التفسير الذي ذكره ابن رسلان . وأما التفسير الذي ذكره أحمد عن سِمَاك ، وذكره الشافعي ، ففيه مُتَمَسَّكٌ لمن قال : يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء ، وقد ذهب إلى ذلك زين العابدين علي بن الحسين ، والناصر ، والمنصور بالله ، والهادوية ، والإمام يحيى .

وقالت الشافعية ، والحنفية ، وزيد بن علي ، والمؤيد بالله ، والجمهور إنه يجوز لعموم الأدلة القاضية بجوازه ، وهو الظاهر ، لأن ذلك المتمسك هو الرواية الأولى من حديث أبي هريرة ، وقد عرفت ما في روايتها من المقال ، ومع ذلك فالمشهور عنه اللفظ الذي رواه غيره ، وهو النهي عن بيعتين في بيعة ، ولا حجة فيه على المطلوب ، ولو سلمنا أن تلك الرواية التي تفرد بها ذلك الراوي صالحة للاحتجاج ، لكان احتمالها لتفسير خارج عن محل النزاع كما سلف عن ابن رسلان قادحاً في الاستدلال بها على المتنازع فيه ، على أن غاية ما فيها الدلالة على المنع من البيع إذا وقع على هذه الصورة ، وهي أن تقول : نقداً بكذا ، ونسيئة بكذا ، لا إذا قال من أول الأمر : نسيئة بكذا فقط ، وكان أكثره من سعر يومه ، مع أن المتمسكين بهذه الرواية يمنعون من هذه الصورة ، ولا يدل الحديث على ذلك ، فالدليل أخص من الدعوى . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٧٢) .

قال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي نقلاً عن الخطابي : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بظاهر هذا الحديث ، أو صحح البيع بأوكس الثمنين ، إلا شيئاً يحكى عن الأوزاعي ، وهو مذهب فاسد ، وذلك لما يتضمنه هذا العقد من الغرر والجهل . انظر (عون المعبود شرح سنن أبي داود ٩/ ٣٣٤) .

وقال ابن عبد البر في تفسير « بيعتين في بيعة » : وذلك أن يبيع سلعة بخمسة نقداً ، أو عشرة إلى أجل ، قد وجب البيع بأحد الثمنين ، والبائع بالخيار بأي الثمنين شاء ، أوجب به للمشتري ، =

وأما إذا قال : أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل . فهو عندهم لا يجوز بإجماع ، لأنه من باب العِينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضاً علة جهل الثمن [١] . وأما إذا قال له : أبيعك

= فهذا بيع فاسد ، إن أُدرِكَ فسخ ، وإن قبضت السلعة ، وفاتت رد قابضها قيمتها يوم قبضها بالغة ما بلغت ، فإن كان البيع على أن المشتري بالخيار فيهما جميعاً بين أن يأخذ بأيتهما شاء ، وبين أن يرادها جميعاً ، فذلك جائز ، وليس من باب بيعتين في بيعة ، لأن البيع ههنا نافذ ، وقع على شيء بعينه يختاره من شيئين معلومين له الخيار في أحدهما ، والسلعة الأولى لم يقع شراؤها على شيء بعينه بقطع أو خيار ، وإنما وقع على ما لا يدرى أي السلعتين يختار ، وقد وجبت إحداهما له ، هذا كله قول مالك ، وأصحابه . انظر (الكافي ٢/ ٨٦) وانظر (المغني ٤/ ٢٥٩) لابن قدامة .

قال ابن قدامة ـ بعد أن ذكر تفسير بيعتين في بيعة بهذه الصورة التي ذكرناها : إن الجمهور لا يجوزونها ، وأجازها طاوس ، والحكم ، وحماد بأن يقول : أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا ، فيذهب على أحدهما ، وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد ، فكأن المشتري قال : آخذه بالنسيئة بكذا ، فقال : خذه ، أو قد رضيت ونحو ذلك ، فيكون عقداً كافياً ، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب ، أو يدل عليه ، لم يصح ، لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً لما ذكرناه . وانظر (المدونة ٣/ ٢١١) .

وانظر لمذهب أبي حنيفة (تحفة الفقهاء ٢/ ٦٧) وهذا المثال عند الأحناف من باب إدخال الشرطين في بيع واحد .

وهذه المسئلة ينطبق عليها ما يسمى اليوم ببيع الأقساط وذلك جائز لما ذكر من قول الأئمة . وقد ذكرت ذلك في كتابنا « موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة » .

(١) وأصل العينة في الصرف : عِوْنة ، وقعت الواو ساكنة بعد كسر ، فقلبت ياء : من العوْن : كأن البائع أعان المشترى بتحصيل مراده . قال أبو عمران : وهي بيع ما ليس عندك . قال ابن عرفة : مقتضى الروايات أنه أخص مما ذكر ، والصواب : أنه البيع المتحيَّل به على دفع عين في أكثر منها ، انظر (الشرح الصغير ٣/ ١٢٨) .

قال الشوكاني : (العينة) بكسر العين المهملة ، ثم ياء تحتية ساكنة ، ثم نون . قال الجوهري : العينة بالكسر : السلف . وقال في القاموس : وعين أخذ بالعينة بالكسر : أي السلف ، أو أعطى بها ، قال : والتاجر باع سلعته بثمن إلى أجل ، ثم اشتراها منه بأقل من ذلك الثمن . انتهى .

قال الرافعي : وبيع العينة : هو أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ، ويسلمه إلى المشترى ، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من ذلك القدر . انتهى .

=

....

= قال ابن رسلان في شرح السنن : وسميت هذه المبايعة عينة لحصول النقد لصاحب العينة ، لأن العين : هو المال الحاضر ، والمشترى إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره ، ليصل به إلى مقصوده . انتهى . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢٣٤) .
وبهذا التعريف الذي عرفه الرافعي ، عرفها النووي . وعرفها ابن قدامة ، انظر (الروضة ٣/ ٤١٦) و (المغني ١٩٣/٤) أما الصنعاني : فقال : هو بيع سلعة بثمن معلوم إلى أجل ، ثم يشتريها من المشتري بأقل ، ليبقى الكثير في ذمته . انظر (سبل السلام ٣٩/٣) وهو يؤدي نفس المعنى السابق .
وجاء في المدونة في تعريف العينة : يأتي الرجل إلى أحدهم ، فيقول له : أسلفني مالاً ، فيقول ما أفعل ، ولكن اشتري لك سلعة من السوق ، فأبيعها منك بكذا وكذا ، ثم ابتاعها منك بكذا ، وكذا ، أو يشتري من الرجل سلعة ، ثم يبيعها إياه أكثر مما ابتاعها منه . انظر (٣/ ١٦٦) .
هذا تعريف العينة ، وكما ترى ، فإن تعريف المؤلف للعينة ليس مطابقاً لما ذكروه ، فتأمل ذلك . هذه ملاحظة أولى .
والملاحظة الثانية : أنه ذكر الإجماع على أن بيع العينة لا يجوز عند جميع الفقهاء ، مع أن الشافعي أجاز بيع العينة ، فقال ابن حجر نقلاً عن الرافعي : وليس من المناهي بيع العينة . انظر (التلخيص ٣/ ١٩) ومثله قال النووي . انظر (الروضة ٣/ ٤١٦) ، وكذلك نقل الشوكاني . انظر (نيل الأوطار٥/ ٢٣٤) و (سبل السلام) .
قال ابن قدامة : إن من باع سلعة بثمن مؤجل ، ثم اشتراها بأقل منه نقداً ، لم يجز في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن ابن عباس ، وعائشة ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي . وبه قال أبو الزناد ، وربيعة ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأجازه الشافعي . انظر (المغني ٤/ ١٩٣) قال النووي : وكذلك يجوز أن يبيع بثمن نقداً ، ويشتري بأكثر منه إلى أجل ، سواء قبض الثمن الأول ، أم لا ، وسواء صارت العينة عادة له غالبة في البلد ، أم لا . هذا هو الصحيح المعروف في كتب الأصحاب ، وأفتى الأستاذ أبو إسحق الاسفراييني ، والشيخ أبو محمد : بأنه إذا صار عادة له ، صار البيع الثاني كالمشروط في الأول ، فيبطلان جميعاً . (المصدر السابق) .
وهذه الصورة التي ذكرها النووي لا تجوز عند أحمد في رواية حرب ، إلا أن يغير السلعة ، لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا ، فأشبه مسألة العينة ، فإن اشتراها بنقد آخر ، أو بسلعة أخرى ، أو بأقل من ثمنها نسيئة ، جاز لما ذكرناه في مسألة العينة . قال ابن قدامة : ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة ، أو حيلة ، فلا يجوز ، وإن =

أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيها يختار وافترقا قبل الخِيار ، فإذا كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز ، وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغَرَر .

وأما إن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبي حنيفةوالشافعي [١] وأما مالك فإنه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك . وأما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر

= وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد ، جاز ، لأن الأصل حِلُّ البيع . انظر (المغني ٤/ ١٩٥) .

والملاحظة الثالثة : قول المؤلف في هذا المثال (وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضاً علة جهل الثمن) ولكن المثال الذي ذكره هو عنده ، ويملكه ، والآخر سيملكه فيما بعد ، وكذلك فإن الثمن معلوم لديهما ، الثمن الأول ، والثمن الثاني كذلك ، إذا حددا ثمن البيع الأول ، والثاني ، وفيما لم يحددا ، لم يكن بيعاً . وإنما يمكن أن يقال في هذا المثال هو من باب « النهي عن بيع وشرط » فتأمل ذلك . هذا ما ظهر لي في هذا التعليق . والله أعلم بالصواب .

أما عن الأحاديث الواردة في منع بيع العينة ، فقد قال الحافظ : قد ورد النهي عنها من طرق عقد لها البيهقي في سننه باباً ساق فيه ما ورد من ذلك بعلله ، وأصح ما ورد في ذم بيع العينة ما رواه أحمد ، والطبراني من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء عن ابن عمر قال : أتى علينا زمان ، وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار ، والدرهم من أخيه المسلم ، ثم أصبح الدينار ، والدرهم أحب إلى أحدنا من أخيه المسلم ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ضَنَّ الناس بالدينار ، والدرهم ، وتبايعوا بالعينة ، وتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم ذلاً ، فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم » صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد . كأنه لم يقف على المسند ، وله طريق أخرى عند أبي داود ، وأحمد أيضاً من طريق عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر ، قلت : وعندي أن إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول ، لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً ، لأن الأعمش مدلس ، ولم ينكر سماعه من عطاء ، وعطاء يحتمل أن يكون هو عطاء الخراساني ، فيكون فيه تدليس التسوية بإسقاط نافع بين عطاء ، وابن عمر ، فرجع الحديث إلى الإسناد الأول ، وهو المشهور (التلخيص ٣/ ١٩) .

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٨٦) في قوله (أبيعك أحد الثوبين بدينار) .

الذي لا يجوز . لأنها افترقا على بيع غير معلوم . وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز . وأن القليل يجوز .

ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر . فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير ، فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشتري على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقيل تكون المصيبة بينهما . وقيل بل يضمنه كله المشتري . إلا أن تقوم البينة على هلاكه . وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه وبين ما لا يغلب عليه كالعبد فيضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه .

وأما هل يلزمه أخذ الباقي ؟ قيل يلزم . وقيل لا يلزم . وهذا يذكر في أحكام البيوع . وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ، وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر .

فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأمّا نهيه عن بيع الثُّنْيا وعن بيع وشرط فهو وإن كان سببه الغَرَر فالأشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قِبَلِ الشروط .

* * *

فصل : وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النَّظَّار .

* * *

مسألة : المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مَرْئِيّ ، فهذا لا خلاف في بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم : بيع

الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وُصِفَ ولا ما لم يوصف . وهذا أشهر قولي الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده (١) .

---

(١) قال النووي في بيع الغائب : عدم صحة البيع هو الأصح ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب .. ويتعين هذا القول ، لأنه الآخِرُ من نص الشافعي ، فهو الناسخ لما قبله . وبه قال الحكم ، وحماد .

وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وابن المنذر ، وجمهور العلماء من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم : يصح . نقله البغوي ، وغيره عن أكثر العلماء .

قال ابن المنذر : فيه ثلاثة مذاهب (مذهب) الشافعي أنه لا يصح والثاني : يصح البيع إذا وصفه ، وللمشتري الخيار ، إذا رآه ، سواء كان على تلك الصفة ، أم لا ، وهو قول الشعبي ، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وغيره من أهل الرأي . **الثالث** : يصح البيع ، وللمشتري الخيار إن كان على غير ما وصف ، وإلا فلا خيار ، قاله ابن سيرين ، وأيوب السختياني ، ومالك ، وعبيد الله بن الحسن ، وأحمد ، وأبو ثور ، وابن نصر . قال ابن المنذر . وبه أقول . انظر (المجموع ٩/ ٢٩٠) أما حجة من منع البيع ، فاحتج بحديثي أبي هريرة ، وعمر أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الغرر » رواه مسلم . وهذا غرر ظاهر ، فأشبه المعدوم الموصوف كحبل الحبلة ، وغيره ، وبحديث « لا تَبِعْ ما ليس عندك » ، وقياساً على باب النوى بالتمر .

وحجة الفريق الثاني : حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار ، إذا رآه » وبحديث عثمان ، وطلحة . وبعموم الآية ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ وقد أجاب الشافعية عن حجة أصحاب القول الأول بما يلي : أما الآية ، فهي عامة مخصوصة بالحديث الذي ذكرناه .

وأما حديث أبي هريرة ، فإنه ضعيف باتفاقهم ، وكذلك حديث مكحول ، فإنه مرسل ، وكذلك أحد رواته ضعيف وهو في معنى حديث أبي هريرة .

ومن روى هذين الحديثين الدارقطني ، والبيهقي ، فقد ضعفاهما . والجواب عن قصة عثمان وطلحة أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة ، والصحيح عند الشافعية أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة .

=

وكذلك المبيع على الصفة « من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة » وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ، وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلاً في الموضعين ، وقد قيل في المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا (١) .

وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغَرَر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في طَيِّه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها .

واحتج أبو حنيفة بما روي عن ابن المسيب أنه قال : قال أصحاب النبي ﷺ : وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جَدّاً في التجارة ، فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً بأرض له

= وقياسهم على النكاح لا يصح ، لأن المعقود عليه هناك استباحة الاستمتاع ، ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها . انظر (المجموع ٢٩١/٩) وانظر (مقدمات ابن رشد ٣/ ٢١٢) بهامش المدونة .

(١) انظر (مقدمات ابن رشد ٣/ ٢١٢) بهامش المدونة .

لكن قال ابن عبد البر : و لايجب عند مالك خيار الرؤية ، إلا لمن اشترطه . انظر (الكافي ٢/ ٣٧) .

أخرى بأربعين ألفاً أو أربعة آلاف [١] . فذكر تمام الخبر . وفيه بيع الغائب مطلقاً ، ولابد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالعقار . ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن لا تتغير [٢] فيه . فاعلمه .

* * *

مسألة : وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكاً وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب . وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدَّيْن بالدَّيْن [٣] ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدَّيْن بالدَّيْن من هذا

---

(١) أثر قصة عثمان ، وطلحة رواه عبد الرزاق في مصنفه .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » أن تتغير ، والصواب أن لا تتغير .

(٣) خلاصة المسألة :

أن المبيع في الأصل ما يتعين بالتعيين ، والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين ، وإن كان قد يتعين بعارض ، فيصير المبيع دَيْناً ، كما في السَّلَم ، ويصير الثمن عيناً : كبيع العين بالعين ، لكن الثمن المطلق ، هو الدراهم ، والدنانير ، وإنها لا يتعينان في حق الاستحقاق ، وإن عينت ، وتتعين في حق بيان القدر والجنس والصفة عند أبي حنيفة ، وعند الشافعي ، وزفر : تتعين . أما إذا كانتا في الذمة . فأجمعوا أنها لا يتعينان ، كذلك أجمعوا أنها يتعينان في الغصوب ، والأمانات ، والوكالات ، مثال ذلك : باع شخص حصاناً بألف درهم ، وعينها في المجلس ، فإن البائع ، لا يستحق عينها ، فلو أراد المشتري أن يمنعها ، ويرد غيرها ، فله ذلك ، لكنها تتعين في حق الجنس من دراهم أو دنانير ، وتتعين في حق القدر ، فهي ألف ، وتتعين في حق الصفة ، كونها جيدة ، أو رديئة .

والدراهم ، والدنانير أثمان أبداً ، سواء كانت في مقابلتها أمثالها أم أعيان أخرى ، صحبها حرف الباء ، أم لا ، فإنها في الأثمان تصير صرفاً ، وبالسلعة تكون ثمناً ، فهي أثمان مطلقة ، فلا تتعين بالتعيين . والسلعة مبيع أبداً على كل حال ، فلا بد من تعيينها .

الباب ،أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا ، وقد تكلمنا في علة الدين بالدين . ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دَيْنٍ له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراه من باب الدَّيْن بالدَّيْن ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه ، أعني أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

* * *

= وأما الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال : كالثياب ، والدور ، والعقار ، والعبيد ، والعدديات المتقاربة ، كالبطاطيخ ، والثار ، فهي مبيعة ، وتتعين بالتعيين ، ولا يجوز البيع فيها إلا عيناً ، إلا فيما يجوز فيه السَّلَمُ كالثياب ، ونحوها ، فيكون مبيعاً دَيْناً ، إذا وجدت شرائط السلم ، لحاجة الناس ، بخلاف القياس .

وأما المكيل ، والموزون ، والعددي المتقارب : إن كانت في مقابلتها أثمان . فهي مبيعة ، وإن كانت في مقابلتها أمثالها ، أي المكيل ، والموزون ، والعددي المتقارب ، فكل ما كان موصوفاً في الذمة ، يكون ثمناً ، وكل ما كان معيناً ، يكون مبيعاً ، وإن كان كل واحد منها موصوفاً في الذمة ، فما صحبه حرف الباء ، يكون ثمناً ، والآخر يكون مبيعاً ، لأن هذا مما يتعين بالتعيين ، ويثبت ديناً في الذمة كذلك ، فيتعين أحد الوجهين بالدليل .

فإذا ثبت هذا ، فنقول : لا يجوز بيع الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال إلى أجل ، ويجب فيها القبض إثر العقد مباشرة كما مثلنا : كالثياب ، والدور ، والعقار ، والعبيد ، والعدديات المتقاربة . وهذا إجماع من الفقهاء.

فإذا هلك المبيع قبل القبض ، ينفسخ البيع ، وإذا هلك الثمن في المجلس قبل القبض ، فإن كان عيناً مثلياً ، لا ينفسخ ، لأنه يمكن تسليم مثله ، بخلاف المبيع ، لأنه عين ، وللناس أغراض في الأعيان .

أما إذا هلك ، وليس له مثل في الحال ، فإنّ الفقهاء اختلفوا في ذلك ، كذلك اختلفوا إذا كسد الثمن ، فمنهم من قال : يفسخ العقد ، وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يخير ، وهو قول أبي يوسف ، ومحمد صاحبيْ أبي حنيفة .

بعد ذلك نقول : إن إطلاق المؤلف للأعيان ، ليس في محله ، ويتضح ذلك بما ذكرنا . فتأمل ذلك .

مسألة : أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر[١] الذي يثمر بطناً واحداً يَطِيبُ بعضه وإنْ لم تطب جملته معاً ، واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل فإن لم يكن بَيْعُ ما لم يخلق منها داخلاً فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميزالبطون أو لا تتميز ، فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة[٢] .

ومثال غير المتميز المطابخ والمقاثئ والباذنجان والقَرْع ، ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحق والشافعي في هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر ، وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يُخْلَقْ منها مع ما خِلقَ وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء . وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار ، أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف[٣] .

---

(١) في جميع النسخ التي لدينا (التمر) بالتاء . والصواب ما أثبتناه (بالثاء) .

(٢) انظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٤٢) .

قال ابن قدامة : ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة ، أو الشجرة ، صلاح لجميعها : أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك . ولا أعلم فيه اختلافاً . انظر (المغني ٤/ ٩٩) .

(٣) إذا باع ثمرة شيء من البقول ، لم يجز إلا بيع الموجود منها ، دون المعدوم . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد . وقال مالك : يجوز بيع الجميع ، وكذلك ما يثبت أصوله في=

وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يُخْلَقْ ، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يُجِزْهُ الشافعي إلا مقلوعاً ، لأنه من باب بيع المعيب ، ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي .

والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين . ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البِرْكة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب ، وهو الذي تقتضي أصوله [1] .

ومن ذلك بيع ، الآبق أجازه قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم

= الأرض ، ويؤخذ ما ظهر بالقطع دفعة بعد دفعة : كالنعناع ، والهندبا ، وشَبَهِها كالبرسيم لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال ، وبذلك قال الشافعي ، وأحمد ، وروي ذلك عن الحسن ، وعطاء . وقال مالك : يجوز بيع الجميع ، لأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . انظر (المغني ٤/ ١٠٣ ، ١٠٥) وانظر (الكافي ٢/ ٤٢) لمذهب مالك .

(١) مذهب الشافعي لا يجوز بيع السمك في الماء المملوك ، فلو باع السمك المملوك له في بركة ، لا يمكنه الخروج منها ، فإن أمكنه أخذه بلا تعب كبِرْكَةٍ صغيرةٍ ، جاز بلا خلاف في المذهب ، وإن لم يمكن أخذه إلا بتعب ، فوجهان مشهوران : أصحهما لا يصح . انظر (المجموع ٩/ ٢٧٣) .

وهو مذهب أحمد ، وهو قول أكثر أهل العلم ، وكره ذلك الحسن والنخعي ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وأبو ثور . قال ابن قدامة : ولا نعلم لهم مخالفاً . يعني بيعه في الآجام . وقد روي عن ابن مسعود أنه غرر . والآجام : جمع (أُجُم) بضمتين (الحصن) قال ابن قدامة : يجوز ذلك بثلاثة شروط : **الأول** : أن يكون مملوكاً ، **الثاني** : أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ، ومعرفته . **الثالث** : أن يمكن اصطياده ، وإمساكه . انظر (المغني ٤/ ٢٢٣) .

الشافعي ، وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ، ويتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتي [١] .

والحجة للشافعي : حديث شَهْرِ بنِ حَوْشَب عن أبي سعيد الخدرى « أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما في ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تُقسم » [٢] وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة . ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة ، وقال سائر الفقهاء : لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب [٣] . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده .

---

(١) بيع العبد الآبق ، وما في معناه كالجمل الشارد ، والفرس العائر (أي الذي انفلت من صاحبه) لا يجوز ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وروي عن ابن سيرين : لا بأس ببيع الآبق ، إذا كان علمها فيه واحداً ، وعن شريح مثله . انظر (المغني ٤/ ٢٢٢) وانظر (المجموع ٩/ ٢٧٤) لمذهب الشافعي . وانظر (المدونة ٣/ ٢١٥) لمذهب مالك .

(٢) حديث أبي سعيد الخدري : نصه « نهى النبي ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء العبد ، وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضَرْبة الغائص » رواه أحمد ، وابن ماجة ، والترمذي ، والبزار ، والدارقطني . قال الشوكاني : وقد ضعف الحافظ إسناده ، وشهر بن حوشب فيه مقال ، وقد حسن الترمذي ما أخرجه منه ، ويشهد لأكثر الأطراف التي اشتمل عليها أحاديث أُخر : منها أحاديث النهي عن بيع الغرر ، وما ورد في النهي عن بيع الملاقيح ، والمضامين ، وما ورد في حبل الحبلة على أحد التفسيرين . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٦٨) .

(ضربة الغائص) أن يقول الغائص في البحر : ما أخرجته في هذه الغوصة ، فهو لك بكذا .

(٣) لا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وإسحق وأبو حنيفة ، ونهى عنه ابن=

ومن هذا الباب بيع المريض ، أجازه مالك إلا أن يكون ميئوساً منه ، ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، وهي رواية أخرى عنه [١] ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بِعَرَضٍ ، ولم يجز بيع تراب الصاغة ، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعاً ، وأجازه قوم في الأمرين جميعاً، وبه قال الحسن البصرى [٢] ، فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قِبَلِ الجهل بالكيفية .

وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح [٣] إلا أن يكون معلوم القَدْر عند البائع والمشتري ، واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قِبَلِ الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع ، وفي كل ما كان غير معلوم

= عباس ، وأبو هريرة ، وكرهه طاوس ، ومجاهد .
وحكي عن مالك : أنه يجوز أياماً معلومة ، إذا عرف حلابها لسقي الصبي ، كلبن الظِّئْر . وأجازه الحسن ، وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة . انظر (المغني ٤/ ٢٣١) وانظر (المجموع ٩/ ٣١٧) .

(١) قال ابن عبد البر : واختلفوا في بيع المريض المخوف مرضه ، فأفسده بعضهم على كل حال ، ومنهم من أجازه ، وجعل المحاباة وصية في ثلثه ، وكلاهما يروى عن مالك . انظر (الكافي ٢/ ٧٢) فإن كان المشترى وارثاً ، لم يختلفوا في بيعه .

(٢) لا يجوز بيع تراب الصاغة ، والمعدن بشيء من جنسه ، لأنه مال ربا بِيعَ بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما ، فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة ، وإن بِيعَ بغير جنسه ، فحكى ابن المنذر عن أحمد : كراهة بيع تراب المعدن ، وهو قول عطاء ، والشافعي والشعبي ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحق ، لأنه مجهول .
وقال ابن أبي موسى في الإرشاد : يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروي ذلك عن الحسن ، والنخعي ، وربيعة ، والليث ، قالوا : فإن اختلط ، أو أشكل ، فليبعه بعَرَضٍ ، ولا يبعه بعين ، ولا وَرِق ، لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز ، كما لو اشترى ثوبًا بدينار ، ودرهم . انظر (المغني ٤/ ٦٥) .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » « المسموح » والصواب ما أثبتناه .

الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الأشياء المَكِيلَةِ والموزونة والمعدودة والممسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحَزْر والتخمين وهو الذي يسمونه الجُزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء [١] .

وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله الكيل ويجوز جُزافاً ، وهي المكيلات والموزونات ، ومنها ما أصله الجزاف ويكون مَكِيلاً ، وهي الممسوحات [٢] كالأرضين والثياب ، ومنها مالا يجوز فيها التقدير أصلاً بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جُزافاً ، وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد أعيانها [٣] . وعند مالك أن التِّبْرَ والفِضَّة الغير

---

(١) قال ابن قدامة : لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها ، وأن المساواة المرعية ، هي المساواة في المكيل كيلاً ، وفي الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها ، وإن لم يوجد ، لم يصح البيع ، وإن تساويا في غيرها . وهذا قول أبي حنيفة ، وأحمد ، والشافعي ،وجمهور أهل العلم ، لا نعلم أحداً خالفهم .
فلا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً ، لأن التماثل في الكيل مشترط في المكيل ، وفي الوزن في الموزون .
ولو باع بعضه ببعض جُزافاً ، أو كان جُزافاً من أحد الطرفين . لم يجز . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد .
وما لا يُشترط التماثل فيه كالجنسين ، وما لا ربا فيه يجوز بعضه ببعض كيلاً ، ووزناً ، وجزافاً . وهذا قول أكثر أهل العلم .
قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يُدْرى كم كَيْلُ هذه ، ولا كيل هذه من صنف واحد غير جائز ، ولا بأس به من صنفين . انظر (المغني ٤/ ١٨) ثم قال في مكان آخر يجوز بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع ، والمشتري بقدرها ، وهو مذهب أحمد ، وأبي حنيفة ، والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وقد نص عليه أحمد . انظر (المغني ٤/ ١٣٧) وانظر (المجموع ٩/ ٣٠٣) لمذهب الشافعي .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » « المسموحات » والصواب ما أثبتناه .

(٣) عند مالك : كل ما لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، فلا يجوز منه جزاف بجزاف ، ولا كيل بجزاف ، وما يجوز منه التفاضل فلا يجوز عند مالك بيع بعضه ببعض مجازفة جزافاً بجزاف ، ولا كيلاً =

المسكوكين يجوز بيعها جزافاً ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ويكره [١] .

ويجوز عند مالك أن تباع الصُّبْرَةُ المجهولة على الكيل : أي كل كيل منها بكذا ، فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كَيْلِها والعلم بمبلغها ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم إلا في كَيْلٍ واحد وهو الذي سَمَّياه . ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ، ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن [٢] .

ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة ، لأنه يتهمه أن يكون صدقة لينظره بالثمن ، وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري لنهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى تجرى فيه الصِّيعان [٣]

= بجزاف إلا أن يتبين أن أحدهما أكثر من صاحبه ، وإلا كان عنده خِطَاراً ، وقماراً لا يجوز .
ولا بأس عند مالك ببيع جميع الطعام ، والإدام جزافاً بالناض من الوَرِق ، إذا جهل المشتري ، والبائع جميعاً كيله ، أو وزنه ، فإن علم البائع كيله ، وكتمه ، كان ذلك عيباً ، وكان المشتري بالخيار بين الاستمساك ، والرد . هذا قول مالك وأصحابه وطائفة من أهل المدينة . انظر (الكافي ٢/ ٢٢) .

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ١١) وللمذاهب الأخرى (المغني ٤/ ٢١) .

(٢) انظر (الشرح الصغير ٣/ ٣٤) لما ذكره المؤلف ، وهو أن يبيع الصبرة المجهولة كل كيل بكذا .
ويجوز كذلك على مذهب أبي حنيفة : ذكر الطحاوي أن ذلك جائز ، لكن لم يذكر ذلك في الأصل ، وهذا خلاف ما ذكره المؤلف لمذهب أبي حنيفة . انظر (بدائع الصنائع ٦/ ٣٠٤٥) وهو جائز على مذهب الشافعي كذلك .
وَمثَّلَ النووي لمذهب الشافعي : لو قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام كل شاة بدرهم ، صح البيع في الجميع . انظر (المجموع ٩/ ٣٠٣) .

(٣) حديث « بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري » رواه ابن ماجة ، والدارقطني ، والبيهقي عن جابر . قال الشوكاني : في إسناده ابن أبي ليلى .
قال البيهقي : وقد روي من وجه آخر ، وفي الباب عن أبي هريرة عند البزار بإسناد حسن ، وعن أنس ، وابن عباس عند ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً كما قال الحافظ . =

وأجـازه قوم على الإطـلاق ، وممن منعـه أبـو حنيفـة والشـافعي وأحمـد ، وممن أجـازه بـإطـلاق عطـاء بن أبي ربـاح وابن أبي مُلَيْكـة ، ولا يجـوز عنـد مالـك أن يعلم البـائع الكَيْلَ ويبيع المَكِيلَ جُزافـاً ممن يجهل الكَيْل ، ، ولا يجوز[١] عنـد الشـافعي وأبي حنيفة . والمزابنـة المنهي عنهـا هي عنـد مـالـك من هـذا البـاب ، وهى بيع مجهول الكميـة بمجهـول الكميـة ، وذلـك أمـا في الربـويـات فلموضع التفاضل ، وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القَدْر .

* * *

= قال الشـوكاني : واستدل بهذه الأحاديث على أن من اشترى شيئاً مكايلة ، وقبضه ، ثم بـاعـه إلى غيره ، لم يجز تسليمه بـالكيل الأول حتى يكيلـه على من اشتراه ثـانيـاً ، وإليـه ذهب الجمهور كما حكاه في الفتح عنهم . قال : وقال عطاء : يجوز بيعه بالكيل الأول مطلقاً ، وقيل : إن بـاعـه بنقد ، جاز بالكيل الأول ، وإن باعه بنسيئة لم يجز بـالأولى ، والظـاهر ما ذهب إليـه الجمهور . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٨٢) مع ملاحظة : أن الصـاعـان بـالتثنيـة ، وليس بـالجمع كما جاء في جميع النسخ التي لدينا وقد جاء تفسيره في نفس الحديث : صاع البائع ، وصاع المشتري .

(١) في نسخـة « دار السـلام » و« دار المعرفـة » و« دار الفكر » هكـذا (ولا يجـوز عنـد الشـافعي ، وأبي حنيفة) وفي « المكتبة التجارية » (ويجوز عند مالك ..) والصواب (ولا يجوز عند مـالـك أن يعلم البـائع الكيـل ، ويبيـع المكيـل جزافـاً ممن يجهـل الكيـل ، ويجـوز عنـد الشـافعي ، وأبي حنيفة) .

فمن عرف مقدار شيء ، لم يبعه صبرة ، وهو مذهب مالك ، وأحمد نص عليـه أحمد في مواضع ، وكرهه عطاء ، وابن سيرين ، ومجاهـد ، وعكرمـة ، وإسحق ، وروي ذلـك عن طـاوس . قـال مالـك : لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلـك ، وعن أحمـد : أن هـذا مكروه غير محرم ، ولم ير أبو حنيفة ، والشافعي بذلك بأسـاً ، لأنـه إذا جـاز البيع مع جهلهما بمقداره ، فمع العلم من أحـدهمـا أولى . انظر (المغني ٤/ ١٣٩) وانظر (المجموع ٩/ ٣٠٣) لمذهب الشافعي ، لكن هـل يكره ؟ فيه قولان : أصحهما يكره .

الباب الرابع

في بُيُوعِ الشروط والثُّنْيا

وهذه البيوع الفساد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قِبَلِ الغَرَر ، ولَكِنْ لَمّا تضمنها النصُّ وجب أن تُجْعَلَ قِسْماً من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث : **أحدها** : حديث جابر قال : « ابتاع مني رسولُ الله ﷺ بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة » [١] وهذا الحديث في الصحيح . **والحديث الثاني** : حديث بريرة أن رسول الله ﷺ قال « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط » والحديث متفق على صحته [٢] .

و **الثالث** : حديث جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المُحَاقلة والمُزَابنة والمخابرة والمعاومة والثُّنْيا ، ورَخَّصَ في العرايا » وهو أيضا في الصحيح خَرَّجه مسلم [٣] .

---

(١) لفظ حديث جابر« أنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فأراد أن يسيبه ، قال : ولحقني النبي ﷺ ، فدعا لي ، وضربه ، فسار سيراً ، لم يسر مثله . فقال : بِعْنِيه ، فقلت : لا ، ثم قال : بعنيه ، فبعته ، واستثنيت حملانه إلى أهلي » متفق عليه ، وفي لفظ لأحمد ، والبخاري « وشرطت ظهره إلى المدينة » انظر (منتقى الأخبار ٥/ ٢٠١) .

(٢) حديث بريرة متفق عليه عن عائشة. انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/ ١٠) .

(٣) حديث جابر متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٩٨/٥)

(المحاقلة) : اختلف في تفسيرها ، فمنهم من فسرها بما في الحديث ، فقال : هي بيع الحقل بكيل من الطعام معلوم .

وقال أبو عبيد : هي بيع الطعام في سنبله . والحقل : الحرث ، وموضع الزرع . وقال الليث : الحقل : الزرع ، إذا تشعب من قبل أن تغلظ سوقه . وأخرج الشافعي في المختصر عن جابر أن المحاقلة : أن يبيع الرجل الرجل الزرع بمائة فرق من الحنطة . قال الشافعي : وتفسير المحاقلة ، والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن يكون عن النبي ﷺ ، وأن يكون من رواية من رواه . وفي القاموس : الحقل : قراح طيب يزرع فيه كالحقلة ، ومنه « لا ينبت البقلة إلا الحقلة » . وقال مالك : المحاقلة : أن تكرى الأرض ببعض ما ينبت منها ، وهي المخابرة .

=

ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة أنه روى « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط » فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز . وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة ، وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبي شُبْرُمة [١] ، وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى ، وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا [٢]

= (المزابنة) قال في الفتح : هي مفاعلة من الزبن بفتح الزاي ، وسكون الموحدة : وهو الدفع الشديد ، ومنه سميت الحرب الزبون لشدة الدفع فيها . وقد تقدم .

(١) في جميع النسخ التي لدينا هكذا (ابن أبي شبرمة) والصواب : ابن شبرمة ، وهو عبد الله بن شبرمة التابعي ، الكوفي ، فقيه أهل الكوفة ، كان قاضياً لأبي جعفر المنصور على سواد الكوفة . وقال الثوري : مفتينا ابن أبي ليلى وابن شبرمة . انظر (تهذيب الأسماء والصفات ١/ ٢٧٢) .

(٢) من باع شيئاً بشرط ينافي مقتضاه بأن شرط ألا يبيعه ، أو لا يبيعه لغيره ، أو لا يطأها ، أو لا يزوجها ، أو يخرجها من البلد فمذهب الشافعي في المشهور بطلان هذا البيع ، وسواء شرطاً واحداً ، أم شرطين ، وبه قال ابن عمر ، وعكرمة ، والأوزاعي ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وجماهير العلماء . قال الماوردي : هو مذهب جميع الفقهاء ، وقال ابن سيرين ، وعبد الله بن شبرمة التابعيان ، وحماد بن أبي سليمان البيع صحيح ، والشرط صحيح . وقال الحسن البصري ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور ، وابن المنذر : البيع صحيح ، والشرط باطل لاغ .
وقال أحمد ، وإسحق : إن شرطا شرطاً واحداً من هذه الشروط ، ونحوها ، صح البيع ، ولزم الشرط ، وإن شرطاً شرطين فأكثر ، بطل البيع ، وإلا فلا ، فإذا باع ثوباً بشرط أن يخيطه البائع ، ويقصره ، فهما شرطان ، فيبطل العقد ، فإن شرط أحدهما فقط ، صح ، ولزم . انظر (المجموع ٩/ ٣٧١) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ٧٤) لمذهب أبي خنيفة .
قال ابن رشد الجد : روى ابن عبد الوارث بن سعيد قال : قدمت مكة ، فوجدت فيها أبا حنيفة ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة ، فقلت ما تقول في رجل باع بيعاً ، واشترط شرطاً ، فقال : البيع باطل ، والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبي ليلى ، فسألته ، فقال : البيع جائز ، والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة ، فقال : البيع جائز ، والشرط جائز ، فقلت : سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة ، فأتيت أبا حنيفة ، فأخبرته ، فقال : لا أدري ما قالا ، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ثم أتيت ابن أبي ليلى ، فأخبرته ، فقال : لا أدري ما قالا ، حدثني =

فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن

= هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ، قالت : أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة ، وأعتقها ، وإن اشترط أهلها الولاء ، فإن الولاء لمن أعتق » البيع جائز ، والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة ، فأخبرته ، فقال : لا أدري ما قالا ، حدثني سعد بن كِرَام عن محارب بن دثار عن جابر قال : بعت من النبي ﷺ ناقة ، وشرط لي حِلابها وظهرها إلى المدينة » البيع جائز ، والشرط جائز ، فعرف مالك رحمه الله كلها ، واستعملها في مواضعها ، وتأولها على وجوهها ، فأما أبو حنيفة ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، فلم يمعنوا النظر ، ولا أحسنوا تأويل الأثر . والله يوفق من يشاء ويرشده ، ويشرح صدره ، لا رب غيره . (مقدمات ابن رشد) .

وقد قسم ابن قدامة الشروط إلى أربعة أقسام :

أحدها : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس ، والتقابض في الحال . فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكماً ، ولا يؤثر في العقد .

الثاني : تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل ، والخيار ، والرهن ، والضمين ، والشهادة ، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة ، والكتابة ، ونحوها . فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . قال ابن قدامة : ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً .

الثالث : ما ليس من مقتضاه ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما : اشتراط منفعة البائع في المبيع ، فهذا جائز كاشتراطه خياطة الثوب ، أو اشترى طعاماً ، واشترط طحنه ..

الثاني : أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن ، أو غيره ، فهذا شرط فاسد ، يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع ، أم المشتري .

الرابع : اشتراط ما ينافي مقتضى البيع ، وهو على ضربين :

أحدهما : اشتراط ما بني على التغليب ، والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين : إحداهما : يصح ، وهو مذهب مالك ، وظاهر مذهب الشافعي . والثانية : الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة . الضرب الثاني : أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط أن لا يبيع ، ولا يهب ، ولا يعتق ، ولا يطأ ، أو يشترط عليه أن يبيعه ، فهذه وما أشبهها شروط فاسدة ، وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين : قال القاضي من الحنابلة : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، وهو قول الحسن ، والشعبي ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، وأبي ثور . والثانية : البيع فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . انظر (المغني ٤/ ٢٥١) .

الثُّنيا ، ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث عمر الذي ذَكَرَ فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ، ومن لم يجز الشرطَيْن وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خَرَّجه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ « لا يحل سلف وبيع ، ولا يجوز شرطان في بيع ، ولا ربح مالم تضمن ، ولا بيع ماليس هو عندك »[١] .

وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معاً ، وشروط تجوز هي والبيع معاً ، وشروط تبطل ويثبت البيع . وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً وهو أن مِن الشروط ما إنْ تَمَسَّكَ المشترطُ بشرطه بَطل البيعُ ، وإنْ تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بَيِّنَةٍ في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صِنْفَي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغَرَر وإلى قِلَّتِه وإلى التَّوَسُّطِ بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نَقْصاً في المِلْكِ ، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قِبَلِ الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيعَ .

ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو بهذا اللفظ الذي ذكره المؤلف رواه الخمسة إلا ابن ماجة ، فإن له منه « ربح ما لم يضمن ، بيع ما ليس عندك » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .
قال الشوكاني : ووجد في النسخ الصحيحة من هذا الكتاب عن عبد الله بن عمر بدون واو ، والصواب إثباتها ، وأخرجه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم ، والطبراني في الأوسط ، والحاكم في علوم الحديث وقد استغربه النووي ، وابن أبي الفوارس انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢٠٣) وفي جميع النسخ التي لدينا هكذا « حديث عمرو بن العاص » والصواب أنه عن عبد الله بن عمرو بن العاص .
والملاحظ أن المؤلف قال : لمذهب الشافعي ، وأبي حنيفة البيع فاسد ، والشرط جائز ، فكيف يتأتى أن يكون الشرط جائزاً ما لم يصح العقد ؟ فتأملْ ذلك .

كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح . وللمتـأخرين من أصحـاب مـالـك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأَحَدُ مَنْ لـه ذلـك جَـدِّي [١] والمـازري والبـاجي ، وتفصيلـه في ذلـك أن قـال : إنَّ الشرط في المبيـع يقـع على ضربين أوّلين : **أحدهما** : أن يشترطه بعد انقضاء المِلْك مثل من يبيع الأَمَةَ والعَبْـدَ ، ويشترط أنه متى عُتِقَ كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هـذا قـالوا : يصح فيـه العَقْدُ ويَبْطُلُ الشرط لحديث بريرة . **والقسم الثاني** : أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة المِلْـك ، وهـذا قـالوا : ينقسم إلى ثلاثـة أقسـام : إمَّـا أن يشترط في المبيع منفعةً لنفسه ، وإما أن يشترط على المشتري منعـاً من تصرف عـام أو خـاص ، وإمّـا أن يشترط إيقـاع معنى في المبيــع ، وهــذا أيضــاً ينقسم إلى قسمين : **أحدهما** : أن يكون معنى من معـانى البر . **والثـاني** : أن يكون معنى ليس فيـه من البر شيء .

فأما إذا اشترط لنفسـه منفعـة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مـدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنـة ، فذلك جائز على حديث جابر .

وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام ، فذلـك لا يجوز لأنـه من الثُّنْيا ، مثل أن يبيع الأَمَةَ على أن لا يطأهـا أو لا يبيعهـا ، وأمـا أن يشترط معنى من معـانى البر مثل العتق ، فـإن كان اشترطَ تعجيلَـه جـاز عنـده ، وإنْ تأخر لم يَجُزْ لِعِظَمِ الغَرَرِ فيه .

وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العِتْق المُعَجّلِ قال الشافعي على أَنَّ مِنْ قوله مَنْعُ بيعٍ وشرطٍ ، وحـديث جـابر عنـده مضطرب اللفـظ ، لأن في بعض

---

(١) هو أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (الجد) فقيه الأندلس وعالم العدوتين . ولد في قرطبـة عـام ٤٥٠هـ ١٠٤٨م ومات سنة ٥٢٠ .

رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة ، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة .

ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك [1] . وأما إنْ اشترطَ معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه : البيع مفسوخ ، وقيل : بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رَدَدْتَ عليَّ المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف ، إنْ جاء بالثمن كان سَلَفاً ، وإنْ لم يجىء كان بيعاً .

واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الإقالة أم لا ؟ فمن رأى أن الإقالة بَيْعٌ فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ، ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضاً فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ، وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ، فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المَوّاز إنه جائز في الأمد القصير . ومن المسموع في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع

---

(١) من باع عبداً بشرط العتق ، فالصحيح من مذهب الشافعي المشهور صحة البيع والشرط . وبه قال النخعي ، وأحمد ، وغيرهما . وقال ابن أبي ليلى ، وأبو ثور : البيع صحيح ، والشرط باطل . وقال أبو حنيفة ، وصاحباه : البيع فاسد ، لكن لو أعتقه ، لزمه الثمن عند أبي حنيفة ، والقيمة عند صاحبيه . واحتجوا بحديث النهي عن بيع وشرط « كل شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل » وحجة الشافعي : حديث بريرة ، فإن النبي ﷺ أذن لها في شرائها بشرط العتق ، ولكن الولاء لمن أعتق . انظر (المجموع ٩/ ٣٦١) و (الشرح الصغير) لمذهب مالك بشرط تنجيز العتق . مع ملاحظة أن مذهب الشافعي ، لم يقيد بشرط العتق المعجل كما ذكره المؤلف .

وسلف ، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة [١] واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء ، وأجاز مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم [٢] ، وقد رُوي عن مالك مثل قول الجمهور ، وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع أن الثمن يكون فى المبيع مجهولاً لاقتران السلف به .

وقد رُوي أن محمد بن أحمد بن سهل البَرْمَكِيّ سأل عن هذه المسألة إسماعيل ابن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجلٍ باع غلاماً بمائة دينار وزِقٍّ خَمْرٍ فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير في تركه ، أو عدم تركه ، وليس كذلك مسألة زِقّ الخَمْرِ وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طُولِبَ فيه بالفَرْق ، وذلك أنه يقال له : لِمَ كان هنا مُخَيَّراً ولم يكن هنالك مخيراً في أن يترك الزق ويصح البيع ؟ والأشبه أن يقال إنَّ التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران : أعني اقتران البيع به ، وكذلك البيع في نفسه جائز ، وإنما امتنع من قِبَلِ اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به ، لا أنه شيء محرم من قِبَلِ الشرط .

ونكتة المسألة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قِبَلِ الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضاً ينبني على أصلٍ آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ فإن قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن

---

(١) انظر هذا الاتفاق (المغني ٤/ ٢٥٩) وانظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٧٣) ومثاله أن يقول : أبيعك هذه الدار على أن تسلفني مبلغ كذا من المال .

(٢) انظر (الكافي ٢/ ٧٣) لمذهب مالك .

قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط . فمالك رآه معقولاً ، والجمهور رأوه غير معقول .

والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حُكْمِيّ ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً ، وإنْ تُرِكَ الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة .

ومن هذا الباب بَيْعُ العُرْبان ، فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز . وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم . وصورته : أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإنْ لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ، وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عِوَضٍ ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله ﷺ . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ (١) .

(١) أخرج هذا الحديث عن زيد بن أسلم عبد الرزاق في مصنفه بلفظ « أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع ، فأحله » وهو مرسل ، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى ، وهو ضعيف .
وقد روى أحمد ، والنسائي ، وأبو داود ، وهو لمالك في الموطأ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « نهى النبي ﷺ ، عن بيع العُربان » .
قال الشوكاني : الحديث منقطع ، لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ، ولم يدركه ، فبينهما راوٍ ، لم يسم ، وسماه ابن ماجة ، فقال عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي ، وعبد الله لا يحتج به ، وفي إسناد ابن ماجة هذا أيضاً حبيب كاتب الإمام مالك ، وهو ضعيف ، لا يحتج به ، وقد قيل إن الرجل الذي لم يسم ، هو ابن لهيعة ، ذكر ذلك ابن عدي ، وهو أيضاً ضعيف ، ورواه الدارقطني ، والخطيب عن مالك عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب ، وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان ، وقد ضعفه الأزدي . وقال أبو حاتم : صدوق . ورواه البيهقي موصولاً من غير طريق مالك . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٧٣) .
والعربون ، يقال : أربون بالهمزة ، وعربان ، وأربان . قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر : أنه أجازه . وقال ابن سيرين : لا بأس به ، وقال سعيد بن المسيب ، وابن سيرين : لا بأس : إذا كره السلعة أن يردها ، ويرد معها شيئاً . وقال أحمد : =

وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت النهي عن الثُّنْيا ، أم ليست تدخل ؟ فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ويستثني ما في بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز ، وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز ، وهو مَرْوِيّ عن ابن عمر[1] .

وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وإنما هو باق على مِلْك البائع ؟ فمن قال مبيع قال : لا يجوز وهو من الثُّنْيا المنهي عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ؟ ومن قال هو باق على مِلْك البائع أجاز ذلك ، وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيواناً واستثنى بعضه أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون شائعاً أو مُعَيَّناً أو مُقَدَّراً ، فإن كان شائعاً فلا خلاف في جوازه مثل أن يبيع عبداً إلا رُبْعَهُ .

وأمّا إنْ كان مُعَيَّناً فلا يخلو أن يكون مُغَيَّباً مثل الجنين ، أو يكون غير

= هذا في معناه . واختار أبو الخطاب من الحنابلة أنه لا يصح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس ، والحسن . انظر (المغني ٤/ ٢٥٧) و (نيل الأوطار ٥/ ١٧٣) وانظر (المجموع ٩/٣٢٦) لمذاهب العلماء .

والصواب كما ترى مع الجمهور في هذه المسئلة ، لأنه بماذا استحق البائع أخذ ذلك المبلغ ؟ إلا إن أعطاه مبلغاً من قيمة المبيع ثم اشترى البضاعة بعد ذلك ، ودفع الباقي من الثمن ، فذلك جائز عند الجميع ، وهذا النوع يسمى عند الناس في يومنا عربوناً كذلك : يدفع المشتري مبلغاً من المال من أجل ألا يبيع البائع تلك السلعة لغيره ، ثم يتفق معه بعد ذلك على البيع .

(١) انظر لمذهب الشافعي (المجموع ٩/ ٣١٥) بعدم الجواز . والصحيح عن أحمد أنه لا يجوز استثناء الحمل ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ، والثوري ، والشافعي .

وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن ، والنخعي ، وإسحق ، وأبو ثور لما روى نافع عن ابن عمر « أنه باع جارية ، واستثنى ما في بطنها » ولأنه يصح استثناؤه في العتق ، فصح في البيع قياساً عليه . انظر (المغني ٤/ ١١٦) وانظر (بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٨٦) لمذهب أبي حنيفة .

مُغَيّبٍ ، فـإن كان مُغَيَّباً فـلا يجـوز ، وإنْ كان غير مغيب كالرأس واليـد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ، فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لا يجوز ، لأنه لا يجوز أن يبيع أحـد غلاماً ويستثني رِجْلَه ، لأن حقه غير متميز ، ولا مُتَبَعِّض وذلك مما لا خلاف فيه ، وإن كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضوًا له قيمة بشرط الذبح ، ففي المذهب فيه قولان : **أحدهما** : أنه لا يجوز وهو المشهور ، **والثاني** : يجوز ، وهو قول ابن حبيب جَوَّزَ بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس (١) .

وأما إذا لم يكن المستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ، ووجه قول مالك أنه إن كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مُغَيَّبٌ وإنْ كان لم يستثنه بجلده فإنه لا يدري بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عُضْوًا مُعَيّنًا مَعْلُومًا ، فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره .

وأما إنْ كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عُرْفًا وإما مَلْفوظًا به جزءا مُقَدَّراً مثل أرطال من جَزُور ، فعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** : المنع ، وهي رواية ابن وهب ، **والثانية** : الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط ، وهي رواية ابن القاسم (٢) .

وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائِطِهِ واستثناء نخلاتٍ مُعَيّناتٍ منه قياساً على جواز شرائها .

واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثني من حائط له عدة نخلات غير مُعَيّناتٍ

---

(١) انظر (الكافي ٢/ ٤٠) لمذهب مالك .

(٢) انظر (الكافي ٢/٤٠) لمذهب مالك .

إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع ، لأنه بيع مالم يره المتبـايعـان [١] واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عـدة نخلات بعـد البيع ، فمنعـه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ، ورُوي عن مالك إجـازتـه ، ومنع ابن القـاسم قولـه في النخلات وأجازه في استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول مالك وابن القـاسم في شراء نخلات معدودة من حائطـه على أن يعينهـا بعـد الشراء المشتري فـأجـازه مالك ومنعه ابن القاسم [٢] .

وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيلة من حائط ، قال أبو عمر بن عبـد البر : فمنع ذلك فقهـاء الأمصـار الـذين تـدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتـاب على مذاهبهم لنهيه ﷺ عن الثُّنْيا في البيع ، لأنه استثنـاء مَكِيلٍ من جُزافٍ ، وأما مالك وسَلَفَهُ من أهل المدينـة فـإنهم أجـازوا ذلـك فيما دون الثُّلُثِ ومنعوه فيما فوقـه ، وحملوا النهي عن الثنيـا على مـا فوق الثلث ، وشبهوا بيع مـا عـدا المستثنى ببيع الصُّبْرَةِ التي لا يعلم مَبْلَغُ كَيْلها فتباع جُزافاً ويُستثنى منهـا كَيْلٌ مـا ، وهـذا الأصل أيضـاً مختلف فيـه ، أعني إذا استُثْنِي منهـا كَيْـلٌ معلـوم [٣] واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة [٤] معاً في عقد واحد ، فأجـازه

---

(١) انظر هذا الاتفاق (المغني ٤/ ١٩٥) وانظر (الكافي ٢/ ٤١) لمذهب مالك .

(٢) ويجوز عند مالك أن يستثني من حـائطـه نخلات ، أو شجرات ، وإن لم تكن بـأعيـانها على أن يختارها ، إذا كان ثمرها قدر الثلث ، أو أقل ، وهذا إذا كان الحائط لوناً واحـداً ، فـإن كان فيـه ألوان من الثمر ، لم يجز إلا أن يعين ذلك . كما لا يجوز أن يشتري ثمر نخلات يختـارهـا المشتري . انظر (الكافي ٢/ ٤١) .

(٣) لو استثنى البائع من حائطه صاعاً ، أو آصُعاً ، أو مُدّاً ، أو أمداداً ، أو باع صبرة ، واستثنى منها مثـل ذلـك ، لم يجـز . روي ذلـك عن سعيـد بن المسيب ، والحسن ، والشـافعي ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأبي حنيفة ، وأحمد .
وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنـه يجوز ، وهو قول ابن سيرين ، وسـالم بن عبـد الله ، ومـالـك ، وحجتهم « أن النبي ﷺ نهى عن بيـع الثُّنْيـا إلا أن تعلم » رواه الترمـذي . وقـال : حديث حسن صحيح ، وهذه ثنيا معلومة . انظر (المغني ٤/ ١١٣) .

(٤) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (الإجازة) والصواب ما أثبتناه .

مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولاً ، ومالك يقول إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولاً ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتَيْن في بيعة [١] . وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف أو البيع كما قلنا [٢] .

واختلف قول مالك في إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافهم بالأقل والأكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها مَنَعَهَا ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق المجتهد ، لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء عند النظر فيها ، ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صواباً ، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

* * *

---

(١) لو جمع بيع ، وإجارة في عقد واحد ، أو بيع وسَلَم ، أو إجارة وسلم ، ففي مذهب الشافعي قولان : أصحها الجواز ، وصحة العقد فيها ، وهو مذهب أحمد ، كأن يقول : بعتك هذه الدار ، وأجرتك الأخرى بألف مثلاً . وقال أبو الخطاب . من الحنابلة : في ذلك وجه آخر عن أحمد أنه لا يصح ، وهو القول الثاني للشافعي . انظر (المجموع ٩/ ٣٨٦) و (المغني ٤/ ٢٦٠) وبهذا يتبين أن القول الصحيح للشافعي : هو الجواز . والله أعلم .

(٢) تقدم الكلام على هذه المسئلة .

الباب الخامس

في البُيُوعِ المَنْهِيِّ عَنْها من أَجْلِ الضَّرَرِ أو الغَبْنِ

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه ﷺ عن أن يبيع الرجل على بَيْعِ أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سَوْمِ أخيه ، ونهيه عن تَلَقِّي الرُّكْبانِ ، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ، ونهيه عن النَّجْشِ . وقد اختلف العلماء في تفصيل معانى هذه الآثار اختلافاً ليس بمتباعد ، فقال مالك : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ على بَيْعِ بعض » ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سَوْمِ أخيه واحد ، وهي في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، وبمثل تفسيرمالك فَسَّرَ أبو حنيفة هذا الحديث [1] .

---

(١) حديث « لا يبع أحدكم على بيع أخيه » رواه أحمد عن ابن عمر ، وكذلك رواه البخاري ، ومسلم ، وللنسائي « لا يبع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع ، أو يذر » ، وبهذا اللفظ رواه ابن خزيمة ، وابن الجارود ، والدارقطني . وزادوا « إلا الغنائم ، والمواريث » انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٨٩) والأكثر بإثبات الياء على أن لا نافية ، ويحتمل أن تكون ناهية ، وأشبعت الكسرة كقراءة من قرأ (إنه من يتقي ويصبر) وهكذا ثبتت الياء في بقية الألفاظ .

وحديث « ولا يسوم على سومه » متفق عليه عن أبي هريرة (المصدر السابق) والنهي عن تلقي الرُّكْبان متفق عليه عن ابن مسعود (المصدر السابق) وحديث النهي عن تلقي الركبان ، و« بيع الحاضر لباد » متفق عليها (المصدر السابق) .

قال الشوكاني : وأما صورة البيع على البيع ، والشراء على الشراء ، فهو أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار : افسخ لأبيعك بأنقص ، أو يقول للبائع : افسخ لأشتري منك بأزيد . قال في الفتح : وهذا مجمع عليه .

وقد اشترط بعض الشافعية في التحريم أن لا يكون المشترى مغبونا غَبْناً فاحشاً ، وإلا جاز البيع ، والسوم لحديث « الدين النصيحة » واختلفوا في صحة البيع المذكور ، فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم ، وذهبت الحنابلة ، والمالكية إلى فساده في إحدى الروايتين عنهم ، وبه جزم ابن حزم انظر (نيل الأوطار ٥/١٩٠) و (سبل السلام ٢٣/٣) قال ابن عبد البر : إنه لا يحرم البيع ممن يزيد اتفاقاً . وقيل : إنه يكره . وانظر (الفتح ٤/ ٢٨١) .

وقال الثوري معنى « لا يَبِعْ بعضكم على بيع بعض » أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعَيْنِ فيقول : عندي خير من هذه السلعة . ولم يَحُدَّ وقت رُكُونٍ ولا غيره . وقال الشافعي : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحَدٌ يَعْرِضُ عليه سلعة له هي خير منها ، وهذا بناء على مذهبه في أن البيع إنما يلزم بالافتراق ، فهو ومالك متفقان على أن النهي إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع على ما سنذكره بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى لأنه سَوْمٌ على بيع لم يتم ، وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ في أي حالة وقع تَمَسُّكاً بالعموم ، وروي عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت ، وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك .

واختلفوا في دخول الذِّمِّي في النهي عن سَوْم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره ، وقال الأوزاعي : لا بأس بالسوم على سَوْمِ الذِّمِّي لأنه ليس بأخي المسلم ، وقد قال ﷺ « لا يَسُمْ أحد على سَوْم أخيه » ومن هنا منع قوم بيع المزايدة وإنْ كانِ الجمهور على جوازه .

وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حُمِلَ على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو في حالة دون حالة ؟ .

* * *

فصل : وأما نهيه عن تَلَقِّي الرُّكْبان للبيع [1] ، فاختلفوا في مفهوم النهي

---

(١) تلقي الركبان كرهه أكثر أهل العلم : منهم عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد . وحكي عن أبي حنيفة : أنه لم ير بذلك بأساً .
فإن خالف ، وتلقى الركبان ، واشترى منهم ، فالبيع صحيح في قول الجميع . قاله ابن عبد البر . وحكي عن أحمد رواية أخرى : أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والأول أصح . انظر (المغني ٤/ ٢٤١) .

ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقّي برخص السِّلْعَةِ ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التّلَقي قريباً ، فإن كان بعيداً فلا بأس به ، وحد القرب في المذهب بنحوٍ من ستة أميال ، ورأى أنه إن وقع جاز ، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها .

وأما الشافعي فقال : إن المقصود بالنهي إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقي ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع فَرَبٌ السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تَتَلقُّوا الجَلَبَ ، فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه ، فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق » أخرجه مسلم وغيره [١] .

* * *

فصل : وأما نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء في معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً . واختلف عنه في شراء الحَضَرِيّ للبَدَوِيّ ، فمرة أجازه ، وبه قال ابن حبيب . ومرة منعه ، وأهل الحضر عنده هم أهل الأمصار ، وقد قيل عنه إنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعي والأوزاعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعني أن يخبر الحضري البادي بالسعر ، وأجازه الأوزاعي .

والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهي عندهم أرخص ، بل

---

(١) حديث أبي هريرة بهذه الزيادة رواه مسلم . انظر (التلخيص) .

أكثر ما يكون مجاناً عندهم : أي بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضري للبدوي ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدين النصيحة » وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة .

وحجة الجمهور حديث جابر عند مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبع حاضر لباد ، ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » [1] وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غَبْنِ

---

(١) هذه الزيادة لمسلم وأحمد والحديث رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (التلخيص ١٤/٣) و (النيل ٥/ ١٨٥) .

قال الشوكاني : والأحاديث تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادي من غير فرق بين أن يكون البادي قريباً له ، أو أجنبياً ، وسواء كان في زمن الغلاء ، أم لا ، وسواء كان يحتاج إليه أهل البلد أم لا ، وسواء باعه له على التدرج أم دفعة واحدة .

وقالت الحنفية : إنه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء ، وبما يحتاج إليه المصر . وقالت الشافعية ، والحنابلة : إن الممنوع إنما هو أن يجيء البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال ، فيأتيه الحاضر ، فيقول : ضعه عندي لأبيعه لك على التدرج بأغلى من هذا السعر ، قال في الفتح : فجعلوا الحكم منوطاً بالبادي ، ومن شاركه في معناه . قالوا : وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب ، فألحق به من شاركه في عدم معرفة السعر من الحاضرين ، وجعلت المالكية البداوة قيداً ، وعن مالك لا يلتحق بالبدوي في ذلك إلا من كان يشبهه ، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع ، والأسواق ، فليسوا داخلين في ذلك . وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهي للتحريم ، إذا كان البائع عالماً ، والمبتاع مما تعم الحاجة إليه ، ولم يعرضه البدوي على الحضري .

قال الشوكاني : ولا يخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه الأمور من التخصيص بمجرد الاستنباط .

وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله ، وابن عمر ، وأبو هريرة وأنس ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والليث ، والشافعي ، وأحمد . وروي عنه أنه لا بأس به ، وهو قول مجاهد ، وأبي حنيفة وأصحابه . ومذهب أحمد المعتمد عليه الأول .

قال الشوكاني : واعلم أنه كما لا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي ، كذلك لا يجوز أن يشتري له . وبه قال ابن سيرين والنخعي ، وعن مالك روايتان .

وعند أحمد يجوز الشراء له ، وهو قول الحسن . انظر (المغني ٤/ ٣٨) و (نيل الأوطار ٥/ ١٨٦) .

البدوي لأنـه يَرِدُ والسِّعْرُ مجهول عنـده ، إلا أن تثبت هـذه الزيـادة ، ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركبان على ما تأوله الشـافعي : إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام « دعوا النـاس يرزق الله بعضهم من بعض » واختلف في هـذا المعنى أصحـاب مـالـك ، فقـال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم : لا يفسخ .

فصل : وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النَّجْشِ[1] ، فـاتفق العلمـاء على منع ذلك ، وأن النَّجْشَ هو أن يزيد أحد في سلعـة وليس في نفسـه شراؤهـا ،

---

(١) حـديث النهي عن بيـع النجش متفـق عليـه . انظر (التلخيص ٣/١٥) عن ابن عمر . والنَّجْشُ بفتـح النـون ، وسكـون الجيم بعـدهـا معجمـة قـال في الفتـح : وهـو في اللغـة : تنفير الصيـد ، واستثارته من مكان ، لِيُصْطاد ، يقال : نجشت الصيد أنْجُشُه بـالضم نجشاً . وفي الشرع : الزيادة في السلعـة ، ويقع ذلـك بمـواطـأة البـائـع ، فيشتركان في الإثم ، ويقـع ذلـك بغير علم البـائـع ، فيختص بذلك الناجش . وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنـه اشترى سلعـة بـأكثر ممـا اشتراهـا به ، ليغر غيره بـذلـك . وقـال ابن قتيبـة : النَّجْش : الختل ، والخـديعـة ، ومنـه قيل للصـائـد ناجش ، لأنه يختل الصيد ، ويحتال له .

قـال الشـافعي : النجش أن تحضر السلعـة تبـاع ، فيعطي بهـا الشيء ، وهو لا يريـد شراءهـا ، ليقتدي به السُّوَّام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون ، لو لم يسمعوا سومـه . قـال ابن بطـال : أجمع العلمـاء على أن النـاجش عـاصٍ بفعلـه ، واختلفوا في البيع إذا وقـع على ذلـك ، فنقـل ابن المنـذر عن طـائفـة من أهل الحـديث فسـاد ذلـك البيع ، إذا وقـع على ذلـك ، وهـو قـول أهـل الظاهر ، ورواية عن مالك ، وهو المشهور عند الحنابلـة ، إذا كان بمواطـأة البـائع ، أو صنعتـه ، والمشهور عند المالكيـة في مثل ذلـك ثبوت الخيـار ، وهو وجـه للشـافعيـة قيـاسـاً على المصراة ، والأصح عندهم صحة البيع مع الإثم ، وهو قول الحنفية ، والهادوية .

وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقـدم . وقيـد ابن عبـد البر ، وابن حزم ، وابن العربي التحريم بـأن تكون الـزيـادة المـذكـورة فـوق ثمن المثـل ، ووافقهم على ذلـك بعض المتأخرين من الشافعية ، وهو تقييد للنص بغير مقتضٍ للتقييـد . وقـد ورد مـا يـدل على جواز لعن الناجش ، فقد أخرج الطبراني عن ابن أبي أوفى مرفوعاً « الناجش آكل ربـا خـائن ملعون » وأخرجـه ابن أبي شيبـة ، وسعيـد بن منصور موقوفـاً مقتصرين على قولـه « آكل الربـا خـائن » انظر (الفتح ٤/ ٢٨٣) .

يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ، واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل الظاهر : هو فاسد ، وقال مالك : هو كالعيب والمشتري بالخيار ، إن شاء أن يَرُدَّ رَدَّ ، وإن شاء أن يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : وإن وقع أثم [١] وجاز البيع .

وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي ، وإن كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج ، فمن قال يتضمن فَسْخَ البيع لم يجزه ، ومن قال ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد ، مثل النهي عن الربا والغَرَرِ ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه « إنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال : لا يمنع وهو بئر ولا بيع ماء [٢] .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (أتم) بالتاء ، والصواب ما أثبتناه (بالثاء) .

(٢) حديث النهي عن « بيع فضل الماء » رواه الخمسة إلا ابن ماجة ، وصححه الترمذي عن إياس بن عَبْدٍ . ومثله عن جابر ، رواه أحمد ، وابن ماجة . وإياس هذا هو ابن عَبْدٍ ، أبو عوف المزني ، وقيل : أبو الفرات ، كوفي . روى عنه أبو المنهال عبد الرحمن بن مطعم . روى له الترمذي في النهي عن بيع الماء (تجريد أسماء الصحابة) قال الشوكاني : حديث إياس قال القشيري : هو على شرط الشيخين وحديث جابر ، هو في صحيح مسلم ، وكذا أخرجه النسائي . والحديثان يدلان على مَنْع بيع فضل الماء ، وهو الفاضل عن كفاية صاحبه ، والظاهر أنه لا فرق بين الماء الكائن في أرض مباحة ، أو في أرض مملوكة ، وسواء كان للشرب ، أم لغيره ، وسواء كان لحاجة الماشية ، أم الزرع ، وسواء كان في فلاة ، أم في غيرها .

وقال القرطبي : ظاهر هذا اللفظ النهي عن نفس بيع الماء الفاضل الذي يشرب ، فإنه السابق إلى الفهم ، وقال النووي : حاكياً عن أصحاب الشافعي : إنه يجب بذل الماء في الفلاة بشروط : **أحدها** : أن لا يكون ماء آخر يستغني به ، **الثاني** : أن يكون البذل لحاجة الماشية ، لا لسقي =

واختلف العلماء في تأويل هذا النهي ، فحمله جماعة من العلماء على عمومه ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة ، غير أنه إن كان مُتَملكاً كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحي بن يحي قال : أربع لا أرى أن يمنعن : الماء ،و النار ، والحطب ، والكلأ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث بمعارضة الأصول لها ، وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفسٍ منه كما قال عليه الصلاة والسلام ، وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقي هذا يوماً ، فيروي زرع أحدهما في بعض يومه ، ولا يروي في اليوم الذي لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم .

وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره ، والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقاً ، ثم نهى عن منع فضل الماء ، فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع في الحديثين . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان في أرض متملكة منيعة فهو لصاحب

= الزرع ، الثالث : ألا يكون مالكه محتاجاً إليه .

ويؤيد ما ذكرنا من دلالة الحديثين على المنع من بيع الماء على العموم حديث أبي هريرة عند الشيخين مرفوعاً بلفظ « لا يمنع فضل الماء ، ليمنع به فضل الكلأ » ، وذكره صاحب جامع الأصول بلفظ « لا يباع فضل الماء » وهو لفظ مسلم .. ويؤيد المنع من البيع كذلك أحاديث « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنار » وقد حُمِلَ الماء في هذين الحديثين على ماء الفحل . قال الشوكاني : وهو مع كونه خلاف الظاهر مردود بما في حديث جابر الذي أشار به ابن تيمية ، فإنه في صحيح مسلم بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء ، وعن مَنْع ضِراب الفَحْل » وقد خصص من عموم حديثي المنع من البيع للماء ما كان منه محرزاً في الآنية ، فإنه يجوز بيعه قياساً على جواز بيع الحطب إذا أحرزه الحاطب . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٦٤) .

الأرض لـه بيعـه ومنعـه ، إلا أن يرد عليـه قـوم لا ثمن معهم ويخـاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأرضين الغير متملكة ، فرأى أن صاحبها ـ أعني الذي حفرها ـ أولى بهـا ، فـإذا روت مـاشيتـه ترك الفضل للناس ، وكأنه رأى أن البئر لا تُتَمَلَّكُ بالإحياء .

ومن هذا الباب التفرقة بين الوالـدة وولـدهـا ، وذلـك أنهم اتفقوا على منع التفرقـة في المبيع بين الأم وولـدهـا ، لثبوت قولـه عليـه الصلاة والسـلام « من فرق بين والدة وولـدهـا فَرَّقَ لله بينـه وبين أحبتـه يوم القيـامـة » [١] واختلفوا من ذلـك في موضعين في وقت جواز التفرقـة وفي حكم البيـع إذا وقـع . فـأمـا حكم

---

(١) حـديث « من فرق بين والـدة وولـدهـا .. » رواه أحمـد ، والترمـذي وحسنـه ، والـدارقطني والحاكم ، وصححه وفي سياق أحمد عنـه قصـة ، وفي إسنـادهم حيٌّ بن عبـد الله المغـافري ، مختلف فيه ، وله طرق أخرى عند البيهقي غير متصلـة ، لأنهـا من طريق العلاء بن كثير الاسكنـدراني عن أبي أيوب ، ولم يدركه ، وله طرق أخرى عنـد الـدارمي في مسنـده في كتـاب السير . انظر (التلخيص ٣/ ١٥) .

الحديث يدل على تحريم التفريق بين الوالدة ، وولدها ، وقـد حكى بعضهم الإجمـاع حتى يستغني الولد عن أمه . وقـد اختلف في انعقـاد البيع ، فـذهب الشـافعي ، وأحمـد : إلى أنـه لا ينعقـد . وقال أبو حنيفـة ـ وهو قول للشـافعي : إنـه ينعقـد . وقـد ذهب بعض الفقهـاء إلى أنـه لا يحرم التفريق بين الأب ، والابن .

وأما بقية القرابة ، فذهبت الهادوية والحنابلة والحنفية إلى أنه يحرم التفريق بينهم قياساً . وقـال الشـافعي : لا يحرم ، وبـه قـال مـالـك . قـال الشوكـاني : والـذي يـدل عليـه النص ، هو تحريم التفريق بين الإخوة ، وأما بين من عداهم من الأرحام ، فإلحاقه بالقياس فيـه نظر . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٨٣) و (سبل السلام ٣/ ٢٤) و (المغني ٤/ ٢٩٦) .

قال الصنعاني : وفي التفريق بين البهيمـة ، وولـدهـا وجهـان : لا يصح لنهيـه ﷺ عن تعـذيب البهائم ، ويصح قياساً على الذبح ، وهو الأولى (المصدر السابق) .

قـال الصنعـاني : وهـذا الحـديث نص في تحريمـه بـالبيـع ، وألحقـوا بـه تحريم التفريـق بسـائر الإنشاءات : كالهبـة ، والنـذر ، وهو مـا كان بـاختيـار المفرق ، وأمـا التفريق بـالقسمـة ، فليس باختياره ، فإن سبب المِلْـك قهريّ ، وهو الميراث . انظر (المصـدر السـابق) وانظر (المجموع ٩/ ٣٥٤) .

البيع فقال مالك : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ وأثم البائع والمشتري . وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي إذا كان لعلة من خارج ؟ وأما الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز ، فقال مالك : حد ذلك الإثغار [1] ، وقال الشافعي : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ، وقال الأوزاعي : حده فوق عشر سنين : وذلك أنه أذن نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه [2] .

ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ، وجعله عليه الصلاة والسلام الخيارَ لصاحب الجلب إذا تُلُقِّي خارج المصر دليلٌ على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثاً لما ذكر أنه يُغْبَنُ في البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة ، وقوم رأوا ذلك في الإخوة .

* * *

---

(١) يقال : أثغر الصبي إثغاراً : إذا ألقى أسنانه . (المصباح المنير) .

(٢) عند أحمد إذ باعه قبل البلوغ ، فالبيع باطل ، وعند الشافعي فيما دون السبع ، فالبيع باطل . انظر (المغني ٤/ ٣٩٤) .

الباب السادس

في النهي من قِبَلِ وَقْتِ العبادات

وذلك إنما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلي الجمعة فقط لقوله تعالي : ﴿ إذا نُودِيَ للصَّلاةِ من يَوْمِ الجُمُعَةِ فاسْعَوْا إلى ذِكْرِ اللهِ وذَرُوا البَيْع ﴾ (١) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعني منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أم لا ؟ فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق ؟ فالمشهور عند مالك أنه يفسخ ، وقد قيل لا يفسخ ، وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة (٢) .

وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أو لا يقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ؟ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع .

وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى الذي في البيع

---

(١) الجمعة آية ٩ .

(٢) عامة العلماء ، ومنهم الشافعي أن البيع صحيح عند النداء لصلاة الجمعة ، وليس فاسداً ، لأن البيع لم يحرم لعينه ، ولكن لما فيه من الذهول عن الواجب ، فهو كالصلاة في الأرض المغصوبة . والثوب المغصوب ، والوضوء بالماء المغصوب .

وعند مالك : يفسخ العقد في ذلك الوقت ولا يفسخ العتق ، والنكاح ، والطلاق ، وغيره ، إذ ليس من عادة الناس الاشتغال به كاشتغالهم بالبيع ، قالوا : وكذلك الشركة ، والهبة ، والصدقة نادر ، لا يفسخ . وقال ابن العربي : والصحيح فسخ الجميع .

قال القرطبي : والصحيح فساده ، وفسخه لقوله عليه الصلاة والسلام « كل عمل ليس عليه أمرنا ، فهو مردود » . والله أعلم . انظر (القرطبي ١٨/١٠٨) ومذهب أحمد البيع فاسد . انظر (منار السبيل ١/ ٣١٠) .

من الشغل به لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الحظر ، وإنْ كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ، ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى : ﴿**رِجَالٌ لا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ ولا بَيْعٌ عن ذِكْرِ اللهِ وإقامِ الصَّلاةِ وإيتاءِ الزَّكاةِ**﴾[1] .

وإذْ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

* * *

القسم الثاني : والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب المفسدة له ، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس : النظر الأول : في العقد . والثاني : في المعقود عليه . والثالث : في العاقدَيْن ، ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

---

(١) النور آية ٣٧ .

الباب الأول

في العقد

والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعت منك ، ويقول المشترى : قد اشتريت منك ، وإذا قال له : بعني سِلْعَتَكَ بكذا وكذا فقال : قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر ، وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري : قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشترى للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول للمشتري بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك .

اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول : قد بعتها منك ، وعند الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً ، ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا بتراخي أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، أعني أنه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع [١] .

---

(١) انظر لمذهب مالك (الشرح الصغير ٣/ ١٥) وانظر لمذهب الشافعي (المجموع ٩/ ١٥٢) في صيغة البيع ، وفي المعاطاة ، وأن ذلك لا يجوز . والمعاطاة جائزة عند أحمد ، وجائزة عند أبي حنيفة في المحقرات وإن تقدم القبول على الإيجاب ، فقال : ابتعت منك ، فقال : بعتك ، صح ، وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعني ثوبك . فقال : بعتك ففيه روايتان عن أحمد : **إحداهما** : يصح ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعي ، **والثانية** : لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لو تأخر القبول عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عري عن القبول ، فلم ينعقد كما لو لم يطلب . انظر (المغني ٣/٥٦١) و (المجموع ٩/ ١٥٢) ويشترط لصحة البيع ، ونحوه عند الشافعي أن لا يطول الفصل بين الإيجاب ، والقبول ، وأن لا يتخللهما أجنبي عن العقد ، فإن طال ، أو تخلل ، لم ينعقد ، سواء تفرقا من المجلس أم =

واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإنْ لم يفترقا ، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود ، وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا ، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشُرَيْح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي بَرْزَةَ الأسلمي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة [1] . وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا إلا بيع الخيار » [2] وفي بعض

= لا ، ولا يضر الفصل اليسير ، ولو تخللت كلمة أجنبية ، بطل العقد ، وهو مذهب أبي حنيفة . انظر (المجموع ٩/ ١٥٦) وانظر (بدائع الصنائع ٦/ ٢٩٨٥) لمذهب أبي حنيفة .

(١) البيع يقع جائزاً ، ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما داما مجتمعين ما لم يفترقا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، يروى ذلك عن عمر وابنه ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأبي برزة . وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، والشعبي ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، والشافعي ، وإسحق ، وأبي عبيد وأبي ثور ، وأحمد ، والحسن ، وسفيان بن عيينة ، وابن المبارك .

وقال مالك ، وأبو حنيفة : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا خيار لهما ، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه « البيع صفقة ، أو خيار » ولأنه عقد معاوضة ، فيلزم بمجرده كالنكاح ، والخُلْع .

وحجة أصحاب القول الأول حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا تبايع الرجلان ، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا ، وكانا جميعاً ، أو يُخَيِّرَ أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر ، فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ، ولم يترك أحدهما البيع ، فقد وجب البيع » متفق عليه .

وقوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّعَانِ بالخِيار ما لم يفترقا » رواه الأئمة كلهم ، انظر (المغني ٣/ ٥٦٣) و (المجموع ٩/ ١٧١) و (فتح الباري ٤/ ٢٦١) .

(٢) تقدم تخريج الحديث . وهذا لفظ من ألفاظ الحديث عن ابن عمر ، وله ألفاظ كثيرة . انظر (نيل الأوطار) قال ابن قدامة : فإن قيل : المراد بالتفرق بالأقوال كما في قوله تعالى :=

روايات هذا الحديث « إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر » وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإنْ كان من طريق الآحاد .

وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث : فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه لم يُلْفِ عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيما بَيِّعَيْنِ تبايعا فالقول قول البائع أو يترادَّان » فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس . ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بالافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يُعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبني هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب ، فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث .

وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ،

= ﴿ وما تفرّق الذين أوتوا الكِتابَ ﴾ البينة : ٤ . وقال النبي ﷺ « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالأقوال ، والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه : منها : أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه ، إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ، ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن بعد الاختلاف فيه . **الثاني** : أن هذا يبطل فائدة الحديث ، إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه ، أو إتمامه ، أو تركه .

الثالث : أنه قال في الحديث « إذا تبايع الرجلان ، فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، وقال « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ، ولم يترك أحدهما البيع ، فقد وجب البيع » .

الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله ، فإنه كان إذا بايع رجلاً ، مشى خطوات ، ليلزم البيع . انظر (المغني ٣/ ٥٦٣) .

فمن أظهر الظاهر في ذلك قوله عز وجل : ﴿ يَاأَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ ﴾ [١] والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا .

وأما القياس فإنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخُلْعِ والرُّهُون والصُّلْح على دَمِ العَمْدِ ، فلما قيل لهم إنَّ الظواهر التي تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإنْ كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين .

قالوا : ولنا فيه تأويلان : **أحدهما** : أن المتبايِعَيْنِ في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقيل لهم إنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمَّةِ أنهما بالخيار إذْ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل **الآخر** فقالوا : إنَّ التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى : ﴿ وإن يَتَفَرَّقا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِن سَعَتِهِ ﴾ [٢] والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هي التفرق بالأبدان . ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس ، فَيُغَلَّبُ الأقوى . والحكمة في ذلك هي لموضع الندم ، فهذه هي أصول الركن الأول الذي هو العقد .

* * *

---

(١) المائدة : آية ١ .

(٢) النساء : آية ١٣٠ .

وأما الركن الثاني : الذي هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود ، معلوم الصفة ، معلوم القَدْر ، مَقْدوراً على تسليمه ، وذلك في الطرفين : الثمن والمثمون معلوم الأجل أيضاً إنْ كان بيعاً مؤجلاً .

* * *

وأما الركن الثالث : وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكَيْنِ تامَّي المِلْكِ أو وكيلين تامَّي الوكالة بالِغَيْنِ ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إمَّا لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذوناً له في التجارة .

واختلفوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وإنْ لم يرض فسخ ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إنْ رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ، فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً ، وأجازه مالك في الوجهين جميعاً ، وفَرَّقَ أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء [١] .

---

(١) ممن قال بعدم جواز بيع الفضولي ، وأنه باطل : الشافعي في المشهور عنه ، ولا يقف على الإجازة ، وكذا الوقف ، والنكاح ، وسائر العقود ، وبهذا قال أبو ثور ، وابن المنذر ، وأحمد في أصح الروايتين عنه .

وقال مالك : يقف البيع ، والشراء ، والنكاح على الإجازة ، فإن أجازه من عقد له ، صح ، وإلا بطل .

وعمدة المالكية ما روي « أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارق ديناراً وقال : اشتر لنا من هذا الجلب شاة ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يارسول الله .. هذه شاتكم وديناركم ، فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه »[1] ووجه الاستدلال منه أن النبي ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً .

وعمدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده ، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ماليس عنده . وسبب الخلاف المسألة المشهورة ، هل إذا ورد النهي على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هي أصول هذا القِسْم ، وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يُفْرَدَ بالتكلم فيه . وإذْ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

* * *

= وقال أبو حنيفة : إيجاب النكاح وقبوله ، يقفان على الإجازة ، ويقف البيع على الإجازة ، ولا يقف الشراء ، ووافقه إسحق بن راهويه في البيع . انظر (المجموع ٩/٢٥٠) .

(١) حديث عروة ، رواه أبو داود والترمذي ، وابن ماجة . قال النووي: وهذا إسناد الترمذي ، وإسناد الترمذي صحيح ، وإسناد الآخرين حسن ، فهو حديث صحيح .
وكذلك احتجوا بحديث حكيم بن حزام « أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية ، فاشترى به أضحية ، وباعها بدينارين ، واشترى أضحية بدينار ، وجاءه بأضحية ، ودينار ، فتصدق النبي ﷺ بالدينار ، ودعا له بالبركة » رواه أبو داود والترمذي . انظر (المجموع ٩/ ٢٥٠) .

القسم الثالث : في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة . وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل : **الجملة الأولى** : في أحكام وجود العيب في المبيعات . **الجملة الثانية** : في الضمان في المبيعات متى ينتقل من مِلْك البائع إلى مِلْك المشتري . **والثالثة** : في معرفة الأشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه . **والرابعة** : في اختلاف المتبايعَيْنِ ، وإنْ كان الأليق به كتاب الأقضية . وكذلك أيضاً من أبواب أحكام البيوع : الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هي أيضاً من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

الجملة الأولى

وهذه الجملة فيها بابان : **الباب الأول** : في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق . **والباب الثاني** : في أحكامها في البيع بشرط البراءة .

الباب الأول

في أحكام العيوب في البيع المطلق

والأصل في وجود الرد بالعيب قوله تعالى : ﴿ **إلا أن تَكُونَ تِجَارةً عن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾ (١) .

وحديث المُصَرَّاة المشهور . ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد ، أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ، ثم إذا قام في عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضاً أن يقوم بعيب يوجب حكماً أو لا يوجبه ، ثم إن قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع أيضاً أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإنْ كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة :

الفصل الأول : في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حُكْم ،من التي لا يجب ذلك فيها . **الثاني** : في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها . **الثالث** : في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير . **الرابع** : **في** معرفة أصناف التغييرات الحادثة عند المشتري . وحكمها . **الخامس** : في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإنْ كان أليق بكتاب الأقضية .

---

(١) النساء : آية ٢٩ .

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العَيْبِ حُكْمٌ مِنَ التي لا يجب فيها

أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب والصدقة ، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسداً .

* * *

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها

وفي هذا الفصل نظران : **أحدهما** : في العيوب التي توجب الحكم . **والنظر الثاني** : في الشرط الموجب له .

النظر الأول : فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ، ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع وهي تسمى عيوباً من قِبَلِ الشرط ، ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإنْ لم يشترط وجود أضدادها في المبيع ، وهذه هي التي فَقْدُها نَقْصٌ في أصل الخِلْقة ، وأما العيوب الأُخَرِ فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فقدها نقصاً

مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس .

والعيوب التي لها تأثير في العقد ، هي عند الجميع ، ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخُلُقِ الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع ، كالخفاض في الإماء ، والختان في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصًّا عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنا في العبيد .

اختلف العلماء فيه ، فقال مالك والشافعي هو عَيْبٌ ، وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخُلُق الشرعي الذي هو العفة . والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدَّيْنِ ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج . وقال الشافعي ليس الدَّيْنُ ولا الزواج بعيبٍ

فيما أحسب [١] والحَمْلُ في الرائعة [٢] عيب عند مالك وفي كونه عيباً في الوخش [٣] خلاف في المذهب .

والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حَقْنُ اللبنِ في الثدي أياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المُصَرّاة المشهور ، وهو قوله ﷺ « لا تُصِرُّوا الإبل والبَقَرَ ، فمن فعل ذلك فهو بخير النظرَيْن إنْ شاء أمسكها وإنْ شاء ردها وصاعاً من تمر » [٤] قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التَّصْرِية ، وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً . قالوا : وأيضاً فإنه مُدَلِّسٌ ،

---

(١) الزنا عيب في العبد ، والأمة جميعاً ، وهو قول الشافعي ، وأحمد . وقال أبو حنيفة : عيب في الأمة ، وليس عيباً في العبد ، لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة . انظر (المغني ٤/ ١٦٨) و (تحفة الفقهاء ١٣٦/٢) أما التزوج في الأمة فهو عيب عند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد .

قال ابن قدامة : لا أعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تُشترى ، ولها زوج أنه عيب ، وكذلك الدَّيْن في رقبة العبد ، إذا كان السيد معسراً ، والجناية الموجبة للقَوَدِ . انظر (المصدر السابق) وانظر (الروضة ٣/ ٤٥٩) لمذهب الشافعي ، وبهذا يتبين أن الزنا ، والزواج ، والدَّيْن في رقبتها ، لا في ذمتها عيوب في مذهب الشافعي ، وليس كما ذكر المؤلف : أن الدين والزواج ليس عيباً . فتأمل ذلك . وكذلك عيب الزنا ليس على إطلاقه عند أبي حنيفة ، فهو عيب في الجارية ، وليس عيباً في العبد . وكذلك إذا كثر في العبيد الذكور يكون عيباً عنده . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٧) .،

(٢) الريع : الزيادة ، والنماء ، وفرس رائع : أي جواد . (لسان العرب) .

(٣) الوخش : الدنيء من الرجال ، ورذالتهم ، وصغارهم (المصباح المنير) .

(٤) الحديث متفق عليه .

قال الشافعي : التصرية : هي ربط أخلاف الشاة ، أو الناقة ، وترك حلبها ، حتى يجتمع لبنها ، فيظن المشتري أن ذلك عادتها .

والخيار في المصراة قال به ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، وأنس ، وإليه ذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد ، وأبو يوسف ، وعامة أهل العلم .

وذهب أبو حنيفة ، ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب . انظر (المغني ٤/ ١٥٠) و (نيل الأوطار ٢٤٢/٥) .

فأشبه التدليس بسائر العيوب ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيباً للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلاً أن ذلك ليس بعيب .

قالوا : وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملاً لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه ، فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان »[١] وهو أصل متفق عليه ، ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة ، وذلك لا يجوز باتفاق ، ومنها أن الأصل في المتلفات إمّا القيم وإما المِثْل ، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مِثْلاً . ومنها بيع الطعام المجهول : أي الجزاف بالمكيل المعلوم ، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القَدْرِ ، وأيضاً فإنه يقل ويكثر ، والعِوَضُ ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص .

ولكن اطَّرد إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لا خلاف عندهم في العَوَرِ والعمى وقطع اليد والرِّجْل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك في المرض في أي عضو كان ، أو كان في جملة البدن ، والشيب في المذهب عَيْبٌ في الرائعة ، وقيل لا بأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب ، والزَّعَر عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق .

وبالجملة ، فأصل المذهب أن كل ما أثَّرَ في القيمة : أعني نقص منها فهو عيب ، والبول في الفراش عيب ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : تُرَدُّ الجارية به ، ولا يُرَدُّ العبد به ، والتأنيث في الذكر ، والتذكير في الأنثى

---

(١) تقدم تخريج الحديث . وقد رواه أصحاب السنن ، وأحمد ، والشافعي عن عائشة رضي الله عنها .

عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف [١] .

* * *

النظر الثاني : وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق ، أو في العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفُه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جمع العيوب الحادثة فيها عند المشتري .

وعهدة السَّنَةِ ، وهي من العيوب الثلاثة : الجُذَامُ والبَرَصُ والجنون . فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع . وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السَّنَة فالنفقة فيها والضمان من المشتري إلا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بَيْعاً لا في الذمة . هذا ما لا خلاف فيه في المذهب . واختلف في غير ذلك .

---

(١) انظر هذه العيوب (المغني ٤/ ١٦٨) وانظر (تحفة الفقهاء ٢/ ١٣٦) لمذهب أبي حنيفة . و (الروضة ٣/ ٤٦٠) لمذهب الشافعي .
أما بالنسبة للبول في الفراش ففي الصغير الذي لا يعقل ، ولا يأكل وحده ، فعند أبي حنيفة ليس عيباً ، أما بالنسبة للكبير ، فهو عيب ، وليس كما ذكر المولف . انظر (المصدر السابق) لمذهب أبي حنيفة . فقول المؤلف لمذهب أبي حنيفة هنا ينطبق على الزنا ، لا البول في الفراش ، وقد تقدم ذلك ، فلعله اشتبه الأمران عليه . والله أعلم .

وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأَشْهَرِ من المذهب . وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إنْ كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لا يتداخل منها عهد مع ثانية فعهدة الاستبراء أولاً ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السَّنَةِ .

واختلف أيضاً عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يُحْمَلَ أهلها عليها ؟ فَرُوي عنه الوجهان ، فإذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد حملوا على ذلك ، فهل يجب أن يُحْمَلَ عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب ، ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة ، والعلة في ذلك أنه يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين [١] .

وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عَوَّلَ عليها ، فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة ابن عامر عن النبي ﷺ قال : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » [٢] وروى أيضاً « لا عهدة بعد أربع » [٣] وروى هذا الحديث أيضاً الحسن عن سَمُرَةَ بن جُنْدُبٍ

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (قوانين الأحكام الشرعية ص١٧٩) .

(٢) حديث « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » رواه أبو داود ، وأحمد عن عقبة بن عامر انظر (المجموع ١١/ ٢٨٨) ورواه ابن ماجة ، وابن أبي شيبة في مصنفه عن سمرة (المصدر السابق) وقد أجيب بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئاً ، ولا سمع من سمرة ، إلا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ . انظر (المجموع ١/ ٢٨٩) و (ابن ماجة ٧٥٤/٢) .

(٣) حديث « لاعهدة بعد أربع » رواه ابن ماجة عن عقبة بن عامر . انظر (٢/ ٧٥٤) انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ٢٨٠) لمذهب مالك .

الفزاري رضي الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإنْ كان الترمذي قد صححه . وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عُرْفاً في البلد أو يُشْتَرَطَ وبخاصة عهدة السَّنَةِ ، فإنه لم يأت في ذلك أثر .

وروى الشافعي عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمراً سالفاً . وإذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حُكْماً من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة ، فلنصر إلى ما بقي .

* * *

الفصل الثالث

في معرفة حُكْم العَيْبِ الموجب إذا كان المبيع لم يتغير

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إنْ كان عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إنْ كان العيب يسيراً لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب [1] وهو الأرش ، وإنْ كان كثيراً وجب الرد . هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل .

وأما العروض فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول في المذهب ، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدي رحمة الله عليهما ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض . وهذا الذي قاله يلزم مَنْ يفرق بين العيْب الكثير والقليل في الأصول : أعني أن يفرق في ذلك أيضاً في العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذي عليه فقهاء

---

(١) قال ابن جزي : أنواع العيوب ثلاثة : عيب ليس فيه شيء ، وعيب فيه قيمة ، وعيب رد ، فأما الذي ليس فيه شيء ، فهو اليسير الذي لا ينقص من الثمن ، وأما عيب القيمة ، فهو اليسير الذي ينقص من الثمن ، فيحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب ، وذلك كالخرق في الثوب ، والصدع في حائط الدار . وقيل : يوجب الرد في العروض بخلاف الأصول ، وأما عيب الرد ، فهو الفاحش الذي ينقص حظاً من الثمن ، ونقص العشر ، وقيل : الثلث ، فالمشتري في عيب الرد بالخيار بين أن يرده على بائعه ، أو يمسكه ، ولا أرش له على العيب ، وليس له أن يمسكه ، ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده .

وهذا التنسيم في غير الحيوان ، أما في الحيوان كالرقيق ، وغيره فيرد بكل ما يحط من القيمة قليلاً أو كثيراً ، وبذلك قال الشافعي ، وأبو حنيفة في سائر المبيعات . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص/ ٢٧٩) .

الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الأصول ، ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

* * *

فصل : وإذ قد قلنا إن المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولاشيء له ، فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك . إلا ابن سُرَيْج من أصحاب الشافعي فإنه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار في مال ، فلم يكن له إسقاطه بعوض كخيار الشفعة . قال القاضي عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشتري فله أن يستوفيه : أعني أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعارض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإنّ له عندنا تركه إلى عِوَضٍ يأخذه ، وهذا لا خلاف فيه .

وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قِبَلِ التبعيض : **أحدهما** : هل إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً ، فهل يرجع بالجميع ؟ أو بالذي وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعي ، إلا أن يكون قد سَمَّى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ، وممن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره . وروي عن الشافعي القولان معاً .

وفَرَّقَ مالك فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإنْ لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته ، وفرق أبو

حنيفة تفريقا آخر وقال : إنْ وجد العيب قبل القبض رد الجميع ، وإن وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن [١] . ففي هذه المسألة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعيض في الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يَبْقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بُعِّضَتِ السلعةُ لم يُشْتَر البعضُ بالقيمة التي أقيم بها .

وأما حُجَّةُ من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به إرادة المشتري أو البائع ، وأمّا عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق في هذه المسألة حكم الرد بالعيب .

---

(١) جاء في المغني : وإن اشترى عينين ، فوجد بإحداهما عيباً ، وكانا مما لا ينقصها التفريق ، أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه ، فليس له إلا ردهما جميعاً . أو إمساكهما ، وأخذ الأرش عند أحمد .

وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان عن أحمد . إحداهما : ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرش مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا مما ينقصه التفريق .

والثانية : له رد المعيب ، وإمساك الصحيح ، وهذا قول الحارث العُكْليّ ، والأوزاعي ، وإسحق ، وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض ، لأنه رد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع ، فجاز كما لو ردّ الجميع . انظر (المغني ١٧٧/٤) .

وأما المسألة الثانية : فإنهم اختلفوا أيضاً في رجلين يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ، فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتَيْن المفترقتين لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعيض رد المبيع بالعيب [1] .

---

(١) لو اشترى اثنان شيئاً ، فوجداه معيباً ، أو اشترطا الخيار ، فرضي أحدهما ، فعند الشافعي ، ورواية عن أحمد ، لمن لم يرض الفسخ . وبه قال ابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وهو إحدى الروايتين عن مالك .

والرواية الثانية عن أحمد : أنه لا يجوز له رده ، وهو قول أبي حنيفة ، وأبي ثور ، لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص (غير متجزئ) . انظر (المغني ١٧٧/٤) .

الفصل الرابع

في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

وأما إنْ تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إنْ تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبي رباح : لا يرجع في الموت والعتق بشيء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو القياس في الكتابة . وأما تغيره في البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي : إذا باعه لم يرجع بشيء ، وكذلك قال الليث [1] .

وأما مالك فله في البيع تفصيل ، وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضاً أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ،

---

(١) إذا زال مِلْك المشتري عن المبيع بعتق ، أو وقف ، أو موت ، أو قتل ، أو تعذر الرد لاستيلاد ، ونحوه قبل علمه بالعيب ، فله الأرش عند أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة : لا أرش له ، لأنه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع .

وإذا اشترى معيباً ، فباعه ، سقط رده ، لأنه زال ملكه عنه وبهذا قال الشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة ، فإن عاد إليه ، فأراد رده بالعيب الأول ، نظرنا ، فإن كان باعه عالماً بالعيب ، أو وُجِدَ منه ما يدل على رضاه ، فليس له رده ، لأن تصرفه رضا بالعيب ، وإن لم يكن يعلم بالعيب ، فله رده على بائعه ، وهو قول الشافعي ، وأحمد . وقال أبو حنيفة : ليس له رده إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لأنه سقط حقه من الرد ببيعه ، فأشبه ما لو علمه . انظر (المغني ٤/ ١٧٤) و (المجموع ١١/٤٦٥) لمذهب الشافعي .

وأما إن استغل المبيع ، أو عرضه على البيع ، أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب ، لم يسقط خياره عند أحمد ، لأن ذلك ، لا يدل على الرضا به معيباً ، وإن فعله بعد علمه بعيبه ، بطل خياره في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : وكان الحسن ، وشريح ، وعبد الله بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأصحاب الرأي يقولون : إذا اشترى سلعة ، فعرضها على البيع ، لزمته . وهذا قول الشافعي . ولا أعلم فيه خلافاً . انظر (المغني ٤/ ١٨١) .

فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب ، وإنْ باعه بأكثر من الثمن نظر ، فإن كان البائع الأول مُدَلِّساً رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضاً ، وينفسخ البيعان ، ويعود المبيع إلى مِلْك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ، وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتي [١] .

ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عِوضاً من غير أن يعتبر تأثيراً بالعيب في ذلك العِوَض الذي هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف .

ووجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعتق . ووجه قول عثمان وأشهب أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ، وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تفويت للمِلْك بغير عِوَضٍ ورضىً منه بذلك طلباً للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك [٢] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٦٢) .

(٢) أما الهبة ، فعن أحمد روايتان : إحداهما أنها كالبيع ، لأنه لم ييئس من إمكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب إليه . وهو مذهب الشافعي .
والثانية : له الأرش ، قال ابن قدامة : وهي أولى . وإن أكل الطعام ، أو لبس الثوب ، فأتلفه ، رجع بأَرْشَه عند أحمد . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء ، لأنه أهلك العين ، فأشبه ما لو قتل العبد . انظر (المغني ١٨٠/٤) و (المجموع ١١/ ٤٧٧) .

وأما مالك فقاس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن إجماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن ، وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط .

وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لا يمنع ذلك من الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ، وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع في أنها فوت . فهذه هي الأحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

* * *

باب في طُرُوّ النُّقْصان

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون نقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر في الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث في البدن ، فإن كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذي لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره .

وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال : أحدها : أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة ، وقال الثوري : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده ، وهو قول الشافعي الأول .

والقول الثالث قول مالك : إن المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، وقال المشتري : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، فالقول قول المشتري والخيار له ، وقد قيل في المذهب القول قول البائع ، وهذا إنما يصح على قول من يرى أنه ليس للمشتري إلا أن يمسك أو يرد ، وما نقص عنده . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : له أن يرد ولا شيء عليه [1] . وأما حجة من

---

(١) إذا وجد عيباً ، وقد نقص المبيع ، كوطء البكر ، وقطع الثوب ، وتزويج الأمة ، لم يجز له الرد بالعيب ، لأنه أخذه من البائع ، وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه وينتقل حقه إلى الأرش ، لأنه فات جزء من المبيع ، وتعذر الفسخ بالرد ، فوجب أن يرجع إلى البدل الفائت ، وهو الأرش ، وهو مذهب الشافعي ، وبه قال ابن سيرين ، والنخعي ،

قال : إنه ليس للمشتري إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده .

وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشيء وإنما قيمة العيب الذي كان عند البائع ، فقياساً على العتق والموت لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غَلَّبَ المشتري وجعل له الخيار ، لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مفرطاً في أنه لم يستعلم العيب ويُعْلِمَ به المشتري ، أو يكون علمه فَدَلَّسَ به على المشتري . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس فيه .

وأما حجة أبي محمد : فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع . فإن الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه . وإنما انعقد في

= والزهري ـ على ما نقله ابن المنذر . وغيره ـ والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وابن شبرمة وهي رواية عن أحمد . وقال الشعبي : أبطل الآخر الأول ، وهذا يحتمل أن يكون يمنع الرد ، ولا يرجع بشيء ، ويحتمل كقول الشافعي . قال ابن قدامة : والصحيح عن أحمد : كقول الشافعي .

وذهب حماد بن أبي سليمان ، وأحمد في الرواية الثانية وأبو ثور إلى أنه يرد السلعة ، وأرش العيب الذي حدث عنده قياساً على المصراة ، وبه قال مالك . وقال الماوردي : إن أبا ثور روى ذلك عن الشافعي في القديم .

وبه قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن المسيب ، وابن أبي ليلى في الجارية ، وأبي ثور في الجارية البكر بعد وطئها . انظر (المجموع ٣٩٠/١١) و (المحلى ٧٣٢/٩) و (المغني ٤/ ١٦٣) .

الظاهر ، وأيضاً فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غُرْمَ ما لم يكن له تأثير في نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نَقَصَ عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن .

وأما العيوب التي في النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل في المذهب إنها تُفِيت الرد كعيوب الأبدان [١] ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له في الرد إلا أن لا تُؤْمَنَ عاقبتُه . واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية ، فقال قوم : إذا وطىء فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب . وسواء أكانت بكراً أو [٢] ثَيِّباً ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب ، وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى ، وقال سفيان الثوري : إن كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكراً رد العشر من ثمنها ، وقال مالك : ليس عليه في وطء الثيب شيء لأنه غلة وجبت له بالضمان .

وأما البِكْر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روي مثل هذا القول عن الشافعي ، وقال عثمان البتي : الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء [٣] ، فهذا هو حكم النقصان

(١) الإباق ، والسرقة كالبول في الفراش ، وقد تقدم الكلام فيه ، وهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر عند أحمد . وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ، ويشرب وحده عيب ، وقال الثوري ، وإسحق . ليس بعيب فيه حتى يحتلم . انظر (المغني ١٦٩/٤) و (المجموع ١١/ ٤٩٢) .

(٢) حسب القاعدة اللغوية (أم) بدل (أو) وهذا كثير في هذا الكتاب .

(٣) تقدم الكلام في وطء الجارية البكر . أما وطء الجارية الثيب ، إذا وطئها المشتري قبل علمه بالعيب ، فله ردها ، وليس معها شيء . روي ذلك عن زيد بن ثابت . وبه قال مالك ،=

الحادث في المبيعات .

وأما الزيادة الحادثة في المبيع ، أعني المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد وأنها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان »(١) .

وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب ، وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد ، فلما لم يكن رَدُّهُ وَرَدُّ ما تولد عنه كان ذلك فوتاً يقتضي أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير منفصلة عنه فإنها إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقْمُ في الثوب فإنها توجب الخيار في المذهب : إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السِّمَنِ . فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار ، وقيل لا يثبت . وكذلك النقص الذي

= والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ، وعثمان البتي .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يمنع من الرد . ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال الزهري ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وإسحق ، لأن الوطء يجري مجرى الجناية .

وقال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن المسيب ، وابن أبي ليلى يردها ، ومعها أرْش .

واختلفوا في الأرش ، فقال شريح ، والنخعي : نصف عشر ثمنها . وقال الشعبي : حكومة . وقال ابن المسيب : عشرة دنانير . وقال ابن أبي ليلى : مهر مثلها ، وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد ، لأنه إذا فسخ ، صار واطئاً في ملك الغير ، لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله .

وللقول الأول : أنه معنى لا ينتقص عَيْنها ، ولا قيمتها ، ولا يتضمن الرضا بالعيب ، فلا يمنع الرد كالاستخدام ، وكوطء الزوج . انظر (المغني ٤/ ١٦١) و (المجموع ١١/٣٨٣) .

(١) الخراج بالضمان رواه أصحاب السنن ، والشافعي ، وأحمد . وقد مر ذلك .

هو الهزال . فهذا هو القول في حكم التغيير[١] .

* * *

---

(١) الزيادة بعد الشراء قسمان :

القسم الأول : أن تكون الزيادة متصلة كالسِّمَنِ ، والكِبَرِ ، والتعلم والحمل قبل الوضع ، والثمرة قبل التأبير ، فإنه يردها بنمائها ، لانه يتبع في العقود ، والفسوخ .

القسم الثاني : أن تكون الزيادة منفصلة ، وهي نوعان :

أحدهما : أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب ، وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة ، والأجرة ، والكسب ، وكذلك ما يوهب ، أو يوصى له به ، فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه ، لأن العبد لو هلك ، هلك مال المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » قال ابن قدامة : ولا نعلم في هذا خلافاً . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد .

الثاني : أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد ، والثمرة ، واللبن ، فهي للمشتري أيضاً ، ويرد الأصل دونها . وبهذا قال الشافعي . وأحمد .

وقال مالك : إن كان النماء ثمرة ، لم يردها ، وإن كان ولداً رده معها ، لأن الرد حكم فسرى إلى ولدها كالكتابة .

وقال أبو حنيفة : النماء الحادث في يد المشتري ، يمنع الرد ، لأنه لا يمكن رد الأصل بدونه ، لأنه من موجبه ، فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ، ولا يمكن رده معه ، لأنه لم يتناوله العقد ، انظر (المغني ٤/ ١٦٠) وانظر (المجموع ١١/ ٣٥٩) ولعل الصواب مع أبي حنيفة في هذه المسئلة . والله أعلم .

أما إذا اشترى ثوباً ، فصبغه ، ثم ظهر على عيب فيه ، فله أَرْشه لا غير . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأحمد .

وعن أحمد : أن له رده ، وأخذ زيادته بالصبغ ، لأنها زيادة ، فلا تمنع الرد ، كالسِّمَنِ ، والكسب . قال ابن قدامة : والقول الأول لأحمد أولى ، لأن هذا معاوضة ، فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات .

وقال الشافعي : ليس للمشتري إلا رده ، لأنه أمكنه رده ، فلم يملك أخذ الأرش ، كما لو سَمِنَ عبدُه ، أو كسب . انظر (المغني ٤/ ١٨٧) .

الفصل الخامس

في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعَيْن

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام فإنه إذا تقارّ [١] البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوي في إداركه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقيل في المذهب عدلان . وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة ، وفي كونه أيضاً قبل أَمَدِ التبايع أو بعده ، فإنه إن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة [٢] على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم في ذلك أن يُقَوَّمَ الشيء سليماً ويُقَوَّمَ مَعِيباً ويرد المشتري ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قُوِّمَ ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قُدِّرَ منه قَدْرَ ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشتري الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده [٣] .

* * *

---

(١) تقارّ : أي أقرّ كل منهما بالعيب . من الإقرار .

(٢) في جميع النسخ التي لدينا هكذا (وإن لم تكن له بينة) ولعل الصواب وإن كانت له بينة ..

(٣) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٦٤) أما المذاهب الأخرى ، فإن المتبايعين ، إذا اختلفا في العيب : هل كان في المبيع قبل العقد ، أو حدث عند المشتري ؟ لم يخل من قسمين : =

= أحدهما : ألا يحتمل إلا قول أحدهما ، كالأصبع الزائدة ، والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها ، والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً ، فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين ، لأننا نعلم صدقه ، وكذب خصمه ، فلا حاجة إلى استحلافه .

والثاني : أن يحتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب ، والرفو ، ونحوهما ، ففيه روايتان عن أحمد :

إحداهما : القول قول المشتري ، فيحلف بالله أنه اشتراه ، وبه هذا العيب ، أو أنه ما حدث عنده ، ويكون له الخيار ، لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت ، واستحقاق ما يقابله من الثمن ، ولزوم العقد في حقه ، فكان القول قول من ينفي ، كما لو اختلفا في قبض المبيع .

والثانية : القول قول البائع مع يمينه ، فيحلف على حسب جوابه ، إن أجاب أنني بعته بريئاً من العيب على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق عليَّ ما يدعيه من الرد ، حلف على ذلك ، ويمينه على البت ، لا على نفي العلم ، لأن الأيمان كلها على البت ، لا على نفي فعل الغير ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن الأصل سلامة المبيع ، وصحة العقد ، ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع ، وهو ينكره ، والقول قول المنكر . انظر (المغني ٤/ ١٨٤) .

الباب الثاني

في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع ، وصورته أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعي في أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه : لا يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري ، وبه قال الثوري . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك في الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل في الجواري الرائعات ، فإنه لا يجوز عنده لِعِظَمِ الغَرَرِ فيه ، ويجوز في الوحش ، وفي رواية ثانية : أنه يجوز في الرقيق والحيوان . وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي .

وقد روي عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة [1] . وحجة من

---

(١) انظر أقوال العلماء فيما ذكره المؤلف (المجموع ١١/ ٥٣٨) و (المغني ١٩٧/٤) أما مذهب أحمد ، والذي لم يتعرض له المؤلف ، فقال ابن قدامة : اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب ، فروي عنه : أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، وهو قول للشافعي . وقال إبراهيم ، والحكم ، وحماد : لا يبرأ إلا مما سمى ، وقال شريح : لا يبرأ إلا مما أراه ، أو وضع يده عليه ، وروي ذلك عن عطاء ، والحسن ، وإسحق ، وقال أبو حنيفة : يبرأ من كل عيب علمه البائع أم لا .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ، ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك ، وقول الشافعي في الحيوان خاصة . (المغني ١٩٧/٤) وانظر لمذهب مالك (الكافي ٦٣/٢) وأظهر الأقوال عند الشافعي وأشهرها : هو أن يبرأ في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ، ودون ما يعلمه من الباطن ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال . انظر (المجموع ٥٤٠/١١) . وبهذا يتبين أن ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي ليس هو المشهور من أقواله . والله أعلم .

رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع ، فإذا أسْقَطَه سَقَطَ ، أصله سائر الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغَبْنِ والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط مالك جهل البائع . وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تُسَمِّهِ ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي . وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به من داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد [١] . وروي أيضاً أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية .

وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ، ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن . ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان . وفي قضاء الديون خاصة .

---

(١) أثر عبد الله بن عمر رواه مالك في الموطأ ، وابن أبي شيبة ، والبيهقي ، وعبد الرزاق . وفي رواية أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت ، وأنها اللذان اختصما إلى عثمان . انظر (المجموع ١١/٥٣٨) .

قال البيهقي : إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان .

وقال يحي بن مَعِين : حديث شَرِيك عن عاصم بن عُبيد الله بن زيد بن ثابت « البراءة من كل عيب » ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار (المصدر السابق) .

وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بالشرط : أعني إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقاً ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

* * *

الجملة الثانية

في وقت ضمان المبيعات .

واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنّى تكون خسارته إنْ هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما مالك فله في ذلك تفصيل [1] ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد . وبيع ليس فيه حق توفية . وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يُكَال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض .

وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات :

أشهرها : أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع .

والثانية : أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .

والثالثة : الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان

---

(١) أما العيب الحادث بعد القبض فيضمنه المشتري عند أبي حنيفة والشافعي ، وأحمد ، ولا يثبت به خيار . انظر (المغني ١٦٦/٤) .

والمأكولات ، وبين ما هو مضمون البقاء . والخلاف في هذه المسألة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع ، وقد انعقد ولزم قال : العقد يدخل في ضمان المشتري .

وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل .

وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري فيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » وعمدة المخالف حديث عتّاب بن أسيد أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى مكة قال له « انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا »[1] وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

* * *

(١) حديث عتّاب بن أسيد رواه البيهقي من حديث إسحق عن عطاء عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال : استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد على أهل مكة ، فقال : « إني أمّرْتُكَ على أهل الله بتقوى الله لا يأكل أحد منكم من ربح ما لم يضمن وانههم عن سلف ، وبيع ، وعن الصفقتين في البيع الواحد ، وأن يبيع أحدهم ما ليس عنده » . وعن ابن عباس نحوه ، وفيه يحي ابن صالح الأيلي ، وهو منكر الحديث ، ورواه ابن ماجة عن عتاب بن أسيد . ورواه الحاكم كذلك ، وغيره من حديث عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . انظر (التلخيص) .

القول في الجوائح

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار . فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه . ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي ـ في قوله الجديد ـ والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال « من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً . على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » خرجه مسلم عن جابر (١) .

وماروي عنه أنه قال « أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح » (٢) . فعمدة من

---

(١) تقدم تخريج الحديث . رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة .

(٢) بهذا اللفظ رواه مسلم « أمر بوضع الجوائح » وفي لفظ « أن النبي ﷺ وضع الجوائح » رواه أحمد ، والنسائي ، وأبو داود . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٠٠) .

والجوائح : جمع جائحة : وهي الآفة التي تصيب الثمار ، فتهلكها ، يقال : جاحهم الدهر ، واجتاحهم بتقديم الجيم على الحاء فيهما : إذا أصابهم بمكروه عظيم . ولا خلاف أن البرد ، والقحط ، والعطش جائحة ، وكذلك كل ما كان آفة سماوية .

أما ما كان من الآدميين : كالسرقة ، ففيه خلاف ، فمنهم من لم يره جائحة ، ومنهم من قال : جائحة .

وقد اختلف أهل العلم في وضع الجوائح إذا بيعت بعد بدوّ صلاحها ، وسلمها البائع للمشتري بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ ، فقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وغيره من الكوفيين ، والليث : لايرجع المشتري على البائع بشيء . قالوا : وإنما ورد وضع الجوائح فيما إذا بيعت الثمرة قبل بدوّ صلاحها بغير شرط القطع .

واستدل الطحاوي على ذلك بحديث أبي سعيد « أصيب رجل في ثمار ابتاعها ، فكثر دَيْنه ، فقال النبي ﷺ : تصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك » أخرجه مسلم ، وأصحاب السنن . قال : فلم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار بالعاهات .

وقال الشافعي في القديم : هي من ضمان البائع ، فيرجع المشتري عليه بما دفعه من الثمن . وبه قال أحمد ، وأبو عبيد القاسم بن سلام وغيرهم .

وقال مالك : إن أذهبت الجائحة دون الثلث ، لم يجب الوضع . وإن كان الثلث ، فأكثر ، وجب . لقوله عليه الصلاة والسلام « الثلث والثلث كثير » .

قال أبو داود ، لم يصح في الثلث شيء عن النبي ﷺ ، وهو رأي أهل المدينة . انظر (نيل =

أجاز الجوائح حديثاً جابر هذان ، وقياس الشبه أيضاً . وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية ، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي لها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد . فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات .

وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ، ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال « أُجِيحَ رجل في ثمار ابتاعها وكثر دَيْنه ، فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فَتُصُدِّقَ عليه فلم يبلغ وفاء دَيْنه . فقال رسول الله ﷺ : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك »[1] قالوا : فلم يحكم بالجائحة . فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قِبَلِ النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحُها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أُمِرُوا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها في حديث أبي سعيد : يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب

= الأوطار ٥/٢٠٠) و(المغني ٤/١١٨) ولعل الصواب ـ والله أعلم ـ مع الشافعي ، وأبي حنيفة في هذه المسئلة ، وما الفرق بين هذه المسئلة ، وبين أن يبيع شخص شاة ، فيعتدي عليها ذئب ، فيقتلها ؟ فكلهم مجمعون أن المشتري لا يرجع بشيء من ذلك على البائع .

(١) تقدم تخريج الحديث قبل قليل بلفظ « أصيب رجل .. »

من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الـذي تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطِّيبِ .

وأما الشافعي فروي حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقـول : إنـه اضطرب في ذِكْر وَضْعِ الجـوائـح فيـه ولكنـه قـال : إن ثبت الحـديث وجب وضعهـا في القليـل والكثير ، ولا خـلاف بينهم في القضـاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على إثباتها .

والكلام في أصول الجوائح على مـذهب مـالـك ينحصر في أربعـة فصـول : **الأول** : في معرفة الأسبـاب الفـاعلـة للجوائح . **والثـاني** : في محل الجوائح من المبيعات . **الثالث** : في مقـدار مـا يوضع منـه فيـه . **الرابع** : في الوقت الـذي توضع فيه .

الفصل الأول

في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة . وأما العطش - كما قلنا - فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صُنْعِ الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان ، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إنْ مَنَعَ الله الثمرة ؟ » ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يُتَحَفَّظَ منه (٢) .

* * *

---

(١) **غافصه** : أخذه على غِرَّةٍ ، وأخذت الشيء مغافصة : أي مباغتة .

(٢) الجائحة عند أحمد كل آفة سماوية ، لا صنع لآدمي فيها كالريح والبرد ، والعطش لما روى الساجي بإسناده عن جابر « أن النبي ﷺ قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد ، والجراد ، وفي الحبق ، والسيل ، وفي الريح » وهذا تفسير من الراوي ، فيجب الرجوع إليه .

أما ما كان من فعل آدمي ، فقال القاضي من الحنابلة : المشتري بالخيار بين فسخ العقد ، ومطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ، ومطالبة الجاني بالقيمة ، لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة . انظر (المغني ٤/ ١١٩) .

الفصل الثاني

في محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ،والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر .

* * *

الفصل الثالث

في مِقْدارِ ما يُوضَعُ منه فيه

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة ، أما في الثمار فالثلث ، وأما في البقول فقيل في القليل والكثير . وقيل في الثلث . وابن القاسم يعتبر الثلث بالكيل وأشهب يعتبر الثلث في القيمة . فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن . وسواء أكان ثلثاً في الكيل أو لم يكن .

وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث ، وإنْ كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطوناً مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قَدْره حُطَّ بذلك القَدْر من الثمن ، ففي موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تختلف القيمة في أجزاء الثمرة وبطونها ، وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون في مصيرهم إلي التقدير في وضع الحوائج ـ وإنْ كان الحديث الوارد فيها مطلقاً ـ بإن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإنْ لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير [١] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٤٣/٢) و(نيل الأوطار ٢٠١/٥) و(المغني ١١٩/٤) وهذا الذي ذكره المؤلف في الثلث : هو مذهب الشافعي في القديم ، ورواية عن أحمد . انظر (المصدر السابق) فإن بلغت الثمرة أوان الجذاذ ، فلم يجذها حتى اجتيحت ، فقال القاضي من الحنابلة : عندي لا يوضع عنه ، لأنه مفرط بترك النقل في وقته ، مع قدرته ، فكان الضمان عليه ، وهو مذهب مالك .

قــالــوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيــــه ، إذ قــــد اعتبره الشرع في مـواضـع كثيرة ، وإنْ كان المـذهب يضطرب في هـذا الأصـل ، فمرة يجعـل الثلث من حيز الكثير كجعلـه إيـاه ههنـا ، ومرة يجعلـه في حيز القليـل . ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثبـاتهـا بـالقيـاس عند جمهور الفقهـاء ، لـذلـك قـال الشـافعي : لو قلت بـالجـائحـة لقلت فيهـا بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقاً بين القليل والكثير هو نص في الوصيـة في قوله عليه الصلاة والسلام : « الثلث ، والثلث كثير » .

* * *

الفصل الرابع

في الوقت الذي توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يُحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفى طِيبُهُ . واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النَّضَارة وشيئاً شيئاً ، فقيل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ، فمن غَلَّبَ الاتفاق أوجب فيه الجائحة ، ومن غَلَّبَ الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعني من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطِّيبُ مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم ير الأمر فيهما واحداً قال : ليس فيه الجائحة ، ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

* * *

الجملة الثالثة من جُمَلِ النظر في الأحكام

وهو في تابعات المبيعات . ومن مسائل هذا الباب المشهور اثنتان :

الأولى : بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومتى لا يتبعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلاً فيها ثمر قبل أن يؤبر فإن الثمر للمشتري ، وإذا كان البيع بعد الإبار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » [1] قالوا :

---

(١) حديث ابن عمر رواه البخاري ، ومسلم ، وابن ماجة . انظر (البخاري مع الفتح) و (النَّيْل) وعن عبادة بن الصامت « أن النبي ﷺ قضى أن ثمرة النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع » =

فلما حكم ﷺ بالثمن للبائع بعد الإبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هي للبائع قبل الإبار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأحرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبار فهي أحرى أن تجب له قبل الإبار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة وكما أنْ من باع أمةً لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في الثمر .

وقال ابن أبي ليلى : سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إنْ كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه .

فإذن سبب الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأحرى والأولى . وهو الذي يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب .

وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى فمعارضة القياس للسماع ، وهو كما قلنا ضعيف .

= وفي إسناده انقطاع (المصدر السابق) وقد ذهب الجمهور إلى أن الثمرة لمن أبرها ، وخالفهم الأوزاعي ، وأبو حنيفة ، فقالا : تكون للبائع قبل التأبير ، وبعده ، وقال ابن أبي ليلى : تكون للمشتري مطلقاً .

هذا إذا لم يقع شرط من المشتري ، فإذا شرط كان له ما شَرَطَ . ووقع الخلاف فيما إذا باع نخلاً بعضه قد أبر ، وبعضه لم يؤبر ، فقال الشافعي : الجميع للبائع . وقال أحمد : الذي قد أبر ، فهو للبائع ، والذي لم يؤبر ، فهو للمشتري ، وهو ما نراه صواباً يتمشى مع القياس وهو الذي صوبه الشوكاني . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٩٤) و (فتح الباري ٤/ ٣١٩) و (شرح مسلم للنووي ٦/ ٤٢٨) بهامش إرشاد الساري .

والإبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها ، وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد ، والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الإبار ، وإبار الزرع مختلف فيه في المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره أن يفرك قياساً على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار أو وقت الإبار ؟ قيل الوقت ، وقيل الإبار ، وعلى هذا ينبني الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض ، هل يتبع مالم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل الإبار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

* * *

المسألة الثانية : وهي اختلافهم في بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال : **أحدها** : أن ماله في البيع والعتق لسيده ، وكذلك في المكاتب ، وبه قال الشافعي والكوفيون . **والثاني** : أن ماله تبع له في البيع والعتق ، وهو قول داود وأبي ثور . **والثالث** : أنه تبع له في العتق لا فى البيع إلا أن يشترطه المشتري ، وبه قال مالك والليث .

فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي ﷺ أنه قال : « من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع »[1] ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع .

---

(١) لفظ الحديث « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، ومن ابتاع عبداً ، فماله للذي باعه ، إلا أن يشترط المبتاع ، رواه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجة ، وقد تقدم في التأبير . قال النووي : هكذا روى هذا الحكم البخاري ومسلم ، من رواية سالم عن أبيه ابن عمر ، ولم تقع هذه الزيادة في حديث نافع عن ابن عمر ، ولا يضر ذلك ، فسالم ثقة ، بل هو أَجَلُّ من نافع ، فزيادته مقبولة ، وقد أشار النسائي ، والدارقطني إلى ترجيح رواية نافع ، وهذه إشارة مردودة . ومثله ذكر الحافظ في الفتح . انظر (شرح النووي لمسلم ٦/ ٣٩٩) بهامش =

وقال مالك في الموطأ الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عَرَضاً أو دَيْناً . وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أعتق غلاماً فماله له إلا أن يستثنيه سيده »[1] ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدارهم ،وإنْ كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من

= إرشاد الساري . و (الفتح ٣١٩/٤) وقد وقع سهواً من شيخنا الشيخ عبد اللطيف الإبراهيم في كتابه (طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد)كغيره بقوله : وأخرجه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر بقصة النخل فقط . والصواب أنها روياه بقصة النخل ، والعبد .

قال النووي : في هذا الحديث دلالة لمالك ، والشافعي في القديم أن العبد ، إذ مَلَّكه سيده مالاً ، ملكه ، لكنه إذا باعه بعد ذلك ، كان للبائع إلا أن يشترط المشتري .

وقال الشافعي في الجديد ، وأبو حنيفة : لايملك العبد أصلاً .وتأولا هذا الحديث : بأن المراد أن يكون في يد العبد شيء من مال السيد ، فأضيف ذلك المال إليه ، للاختصاص ، والانتفاع .

(شرح النووي على مسلم ٦/ ٤٠٠) وممن قال إن ماله لسيده عمر بن الخطاب ، وقضى به شريح ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق ، وأحمد . هذا في البيع .

أما إذا أعتقه ، فماله لسيده كذلك . روي ذلك عن ابن مسعود ، وأبي أيوب ، وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة ، والحكم ، والثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد . وروي ذلك عن حماد ، والبتي ، وداود بن أبي هند ، وحميد .

وقال الحسن ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وأهل المدينة يتبعه ماله . انظر (المغني ٩/ ٢٧٤) .

(١) حديث « من أعتق عبداً وله مال ، فمال العبد له ، إلا أن يشترط السيد ماله ، فيكون له » قال ابن لهيعة ، إلا أن يستثنيه السيد ، رواه ابن ماجة .

وعن إسحق بن إبراهيم عن جده عمير ، وهو مولى ابن مسعود أن عبد الله قال له : ياعمير : إني أعتقك عتقاً هنيئاً . إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أيما رجل أعتق غلاماً ، ولم يسم ماله ، فالمال له » فأخبرني ما مالك ؟ رواه ابن ماجة . انظر (٢/ ٨٤٥) ، ورواه الأثرم

قال ابن قدامة : فأما حديث ابن عمر ، فقال أحمد : يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر ، وهو ضعيف في الحديث ، كان صاحب فقه ، فأما في الحديث ، فليس هو فيه بالقوي .

وقال أبو الوليد : هذا الحديث خطأ ، فأما فعل ابن عمر فإنه تفضل منه على مُعْتَقِهِ . انظر (المغني ٩/ ٣٧٥) .

باع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع [١] .

واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عَيْناً وفي مال العبد عَيْن لم يجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعَرَضٍ ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل الإبار . ووجه قول أشهب تشبيهه الجزء بالكل ، وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه .

ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إنْ كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أعني الزيادة لم يوجب شيئا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ، وقال الشافعي : لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة . واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل : ﴿ **ولا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فيما تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِن بَعْدِ الفَرِيضَةِ** ﴾ [٢] قالوا : وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن .

---

(١) انظر ما ذكر المؤلف لمذهب مالك والشافعي (شرح مسلم ٦/ ٤٠٠) بهامش إرشاد الساري .

(٢) النساء آية ٢٤ .

واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة ، وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ، ومن رأى أنها فسح للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

* * *

الجملة الرابعة

وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ، ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ، ومختلفون في التفصيل ، أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ . فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه . وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت .

وأما مالك فعنه روايتان : **إحداهما** : أنهمايتحالفان ويتفاسخان قبل القبض ، وبعد القبض القول قول المشتري . والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة ، وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشتري على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف [1] ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا

---

(١) الكلام في هذه المسئلة في ثلاث حالات :

الأولى : إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، فقال البائع : بعتك بعشرين ، وقال المشتري بعشرة ، وكان لأحدهما بينة ، حكم لصاحب البينة . وإن لم يكن لهما بينة تحالفا ، فإن شاء المشتري أخذه ، وإلا انفسخ البيع .

وبهذا قال شريح ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، ورواية عن مالك ، وعنه : القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال أبو ثور ، وزفر ، لأن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري ، والقول قول المنكر .

وقال الشعبي : القول قول البائع ، أو يترادان البيع . وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

=

في جنس الثمن أو المثمون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال « أيما بَيِّعَيْنِ تبايعا فالقول قول البائع أو يترادَّان » [١] فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان في كل حال ويتفاسخان ، والعلة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مُدَّعٍ ومُدَّعىً عليه .

= الحالة الثانية : أن المبتدي باليمين البائع ، فيحلف ما بعته بعشرة ، وإنما بعته بعشرين ، فإن شاء المشتري ، أخذه بما قال البائع ، وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين ، وإنما اشتريته بعشرة ، وبهذا قال الشافعي ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يبتدى بيمين المشتري ، لأنه منكر ، واليمين في جنبته أقوى .

الحالة الثالثة : أنه إذا حلف البائع ، فنكل المشتري عن اليمين ، قضي عليه ، وإن نكل البائع ، حلف المشتري ، وقضي له ، وإن حلفا جميعاً ، لم ينفسخ البيع بنفس التحالف ، لأنه عقد صحيح ، فتنازعهما ، وتعارضهما لا يفسخه ، لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبه ، أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا ، فلكل واحد منهما الفسخ ، هذا ظاهر كلام أحمد ، وظاهر مذهب الشافعي أنه يقف على فسخ الحاكم ، لأن العقد صحيح ، وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم ، لتعذر إمضائه في الحكم . انظر (المغني ٤/ ٢١١) .

(١) حديث ابن مسعود « إذا اختلف المتبايعان ، فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار » رواه الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود قال أتى عبد الله بن مسعود ، فقال : حضرت النبي ﷺ ، فأمر البائع أن يستحلف ، ثم يخير المبتاع ، إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك . رواه أحمد عن الشافعي ، والنسائي ، والدارقطني من طريق أبي عبيدة كذلك ، وفيه انقطاع على ما عرف من اختلافهم على صحة سماع أبي عبيدة من أبيه . واختلف فيه على إسماعيل بن أمية ، ثم على ابن جريج في تسمية والد عبد الملك هذا الراوي عن أبي عبيدة . فقال يحي بن سليم عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير ، كما قال سعيد بن سالم ، ووقع في النسائي : عبد الملك بن عبيد ، ورجح هذا أحمد ، والبيهقي ، وهو ظاهر كلام البخاري .

وقد صححه ابن السكن ، والحاكم ، وروى الشافعي في المختصر عن سفيان عن ابن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، عن ابن مسعود نحوه بلفظ الباب ، وفيه انقطاع ورواه الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده .=

وأمـا من رأى أن الحـديث إنمـا يجب أن يُحْمَـلَ على الحـالـة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقـد صـار القبض شاهداً للمشتري وشبهةً لصِـدْقِـه ، واليمين إنمـا يجب على أقوى المتداعيَيْنِ شبهة ، وهذا هو أصل مالك في الأيْمان ، ولـذلـك يوجبُ في مواضع اليمين على المُدَّعي ، وفي مواضع على المدعى عليه ، وذلـك أنـه لم يجب اليمين بـالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليـه ، وإنمـا وجبت عليـه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة ، فـإذا كان المـدعي في مواطن أقوى شبهـة وجب أن يكون اليمين في حَيِّزِهِ. وأمـا من رأى القول قول المشتري ، فـإنـه رأى أن البـائع مقر

= وفيه إسماعيل بن عياش عن موسى ابن عقبة .

وفي رواية « إذا اختلف المتبايعان ، تحالفا » وفي رواية أخرى : « تحالفا ، أو ترادّا » .

أما رواية التحـالف ، فقـال الحـافـظ : اعترف الرافعي في التـذنيب أنـه لا ذكر لهـا في شيء من كتب الحديث ، وإنما توجد في كتب الفقه ، وكأنه عنى الغزالي ، فإنه ذكرهـا في الوسيـط ، وهو تبع إمامـه في الأسـاليب ، وأمـا روايـة التراد ، فرواهـا مـالـك بلاغـاً عن ابن مسعود ، ورواهـا أحمد ، والترمذي ، وابن مـاجـة بإسنـاد منقطع . وقـال الطبراني في الكبير : نـا محمد بن هشام المستملي : نا عبد الرحمن بن صالح : نا فضيل بن عياض : نـا منصور عن إبراهيم عن علقمـة عن عبـد الله مرفـوعـاً : « البيعـان إذا اختلفـا في البيـع ترادا » رواتــه ثقـات ، لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح ، وماأظنه حفظه ، فقد جزم الشافعي : أن طرق هـذا الحـديث عن ابن مسعود ، ليس فيهـا شيء موصول ، وذكره الـدارقطني في علـلـه ، فلم يعرج على هـذه الطريق ، ولـه طريق أخرى عنـد أبي داود ، والنسـائي ، والحـاكم ، والبيهقي من طريـق عبـد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده ، قال : قال عبد الله بن مسعود ، فـذكر الحـديث ، وصححه من هذا الوجه الحاكم ، وحسنه البيهقي .

وقال ابن عبد البر : هو منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعـة العلمـاء تلقوه بـالقبول ، وبنوا عليه كثيراً من فروعه ، وأعلـه ابن حزم بـالإنقطـاع . وتـابعـه عبـد الحق ، وأعلـه ابن القطـان بالجهالة في عبد الرحمن ، وأبيه ، وجده ، وله طريق أخرى رواها الـدارقطني من طريق القـاسم ابن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه . قال : بـاع عبـد الله بن مسعود سَبْيـاً من سبي الإمـارة بعشرين ألفـاً ـ يعني من الأشعث ـ فـذكر القصـة والحـديث ، ورجـالـه ثقـات ، إلا عبد الرحمن ، اختلف في سماعه من أبيه . انظر (التلخيص ٣/ ٣١) .

للمشتري بالشراء ومدع عليه عدداً مّا في الثمن .

وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولـذلـك لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم ، وإنما خرجه مالك . وعن مـالـك : إذا نَكَلَ المتبـايعـان عن الأيْمـان روايتـان : إحـداهمـا الفسخ ، والثـانيـة أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيـه خلاف ، فـالأشهر البـائع على ما في الحديث ، وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبـه ؟ فيه خلاف في المذهب .

* * *

القسم الرابـع من النظر المشترك في البيـوع : وهـو النظر في حكم البيـع الفاسـد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلمـاء على أن البيوع الفـاسـدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أونقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري المثمون .

واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيهـا بعتـق أو هبـة أو رهن أو غير ذلـك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ؟ كذلك إذا نمت أو نقصت فقـال الشافعي : ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهـة مِلْـك في البيع الفـاسـد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمـة إلا مـا روى عنـه ابن وهب في الربا أنه ليس بفوت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة [1] والبيوع الفاسـدة عنـد

---

(١) إذا كان البيع فاسداً ، لم يحصل به مِلْك ، سواء اتصل لـه القبض أم لم يتصل ، ولا ينفـذ تصرف المشتري فيه ببيع ، ولا هبة . ولا عتق ولا غيره ، وهو مذهب الشافعي ، وأحمد .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه ، إذا اتصل به القبض ، وللبائع الرجوع فيه ، فيأخـذه مع الزيادة المنفصلة ، إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفاً يمنع الرجوع فيه ، فيأخـذ قيمتـه . انظر (المجموع ٣٧٢/٩) و (المغني ٢٥٢/٤) وانظر مـا ذكره المؤلف لـمذهب مـالـك (الكافي ٧٣/٢) .

مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة .

وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك . فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعني بيوع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد تُقْبَضُ السلعة وهي تساوي ألفاً وتُرَدُّ وهي تساوي خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتاً في المبيع الفاسد ، ومالك يرى في البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن لأن المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف ، فإذا وجبت على المشتري القيمة ردها مالم تكن أقلَّ من الثمن ، لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العِوَضِ مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع .

واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعني شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء : البيع مفسوخ ، وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور [١] . وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد

---

(١) تقدمت هذه المسئلة : وهي إذا باعه شيئاً بشرط أن يسلفه ، أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه ، فهو محرم باطل عند الجميع ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأحمد . قال ابن قدامة : =

المنهي فإذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قِبَلِهِ وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود ، فاعلمه .

وروي أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حُجة ، وقد تقدم القول في ذلك .

وإذ قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحداً واحداً من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مجرى الأصول .

* * *

= ولا أعلم فيه خلافاً ، إلا أن مالكاً قال : إن ترك مُشْتَرِطُ السلفِ السلفَ ، صح البيع . انظر (المغني ٤/ ٢٦٠) .

وحجة الجمهور ما روي عن عبد الله بن عمرو « أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، وعن بيع ما لم يقبض ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف » أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح ، وفي لفظ « لا يحل بيع ، وسلف » انظر (المغني ٤/ ٢٥٩) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليمًا

كتاب الصرف

كتاب الصرف[1]

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : **أحدهما** : عدم النسيئة وهو الفَوْر ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الباب ينحصر في خمسة أجناس : **الأول** : في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة . **والثاني** : في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . **الثالث** : فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورةٍ مختلفٍ فيها هل هو ذريعة إلى أحد هذين أعني الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضاً إلى نوعين كانقسام أصله **الخامس** : في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعني عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة .

وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي يوسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يُدْخِلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل إدخال المالكية في الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف ، ولكن لما كان الفاسد منها يئول إلى أحد هذين الأصلين ، أعني إلى صرف بنسيئة أو التفاضل أدخلوها في هذا الكتاب ؛ مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفُرَادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدنا إنما هو ذكْر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب .

فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة

---

(١) الصرف هو بيع الأثمان بعضها ببعض .

الاجتهاد إذا حَصَّلَ ما يجب له أن يُحَصِّلَ قبله من القَدْر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفي من ذلك ما هو مساوٍ لِجُرم هذا الكتاب أو أقل . وبهذه الرتبة يُسَمَّى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عَرَضَ لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخَفَّاف هو الذي عنده خِفَافٌ كثيرة لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خُفًّا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت .

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

* * *

المسألة الأولى : أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مِثْلاً بمثل يداً بيد ، إلا ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكِّيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلاً ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا إلا في النسيئة » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسيئة .

وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مِثْلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة إلا مِثْلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز » وهو من أصح ما روي في هذا الباب .

وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذْ كانت نصًّا في ذلك . وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص في ذلك لأنه روي فيه لفظان : **أحدهما** : أنه قال « إنما الربا في النسيئة » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص .

وأما اللفظ الآخر وهو « لا ربا إلا في النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لا ربا إلا في النسيئة » من جهة أن الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملاً والأول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما .

وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتِبْرَهُ ومَصُوغَه سواء في منع بيع بعضه ببعضٍ متفاضلاً لعموم الأحاديث المتقدمةِ في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بوَرِقِهِ فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو درهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء ، وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف [١] .

* * *

---

(١) هذه المسائل قد ذكرناها مستوفى فيها الكلام في أول كتاب البيوع فلا حاجة إلى إعادتها مرة أخرى .

المسألة الثانية : اختلف العلماء في السيف والمصحف المُحَلّى يُباع بالفضة وفيه حِلْيَةٌ فضة ، أو بالذهب وفيه حِلْيَةٌ ذهب ، فقال الشافعي : لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : إن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعني بالفضة إنْ كانت حليته فضة ، أو بالذهب إنْ كانت حليته ذهباً وإلا لم يجز ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودةً في البيع وصارت كأنها هبة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف [١] . وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراه به ، ويبقى الفضل قيمة السيف .

وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة

---

(١) انظر لمذهب الشافعي (المجموع ١٠/ ٢٤٣) وقد مثل بدار مموهة بذهب ، فبيعت بدنانير ، أو مموهة بالفضة ، فبيعت بدراهم ، وكان التمويه بحيث ، إذا نحت يخرج منه شيء ، فإنه لا يصح البيع . فلو باع المموه بالذهب بالفضة ، أو المموه بالفضة بالذهب ، وإن كان بحيث ، إذا نحت لا يحصل منه شيء ، صح البيع ، وإن كان يحصل منه شيء ، والقيمة مختلفة ، ففيها قولان .
وانظر لمذهب مالك (الشرح الصغير ، وحاشية الصاوي عليه ٣/ ٦٢) قال النووي : هذه المسئلة المشهورة في كتب الشافعي ، وأصحابه ، وغيرهم المعروفة بمسئلة مُدّ عجوة ، وصورتها ، إذا باع مُدَّ عجوة ، ودرهماً بمدَّيْ عجوة ، أو بدرهمين ، لا يجوز ، وهذا منقول عن عمر بن الخطاب ، وابنه رضي الله عنهما ، وجماعة من السلف ، وهو مذهب الشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، ومحمد بن الحكم المالكي . وقال أبو حنيفة ، والثوري ، والحسن بن صالح : يجوز بأكثر مما فيه من الذهب ، ولا يجوز بمثله ، ولا بدونه . وقال مالك ، وأصحابه وآخرون : يجوز بيع السيف المحلى بذهب ، وغيره مما هو في معناه مما فيه ذهب ، فيجوز بيعه بالذهب ، إذا كان في المبيع تابعاً لغيره ، وقدَّره بأن يكون الثلث ، فما دون ، وبه قال الحسن والشعبي ، والنخعي .
وقال حماد بن أبي سليمان : يجوز بيعه بالذهب مطلقاً ، سواء باعه بمثله من الذهب ، أم أقل ، أم أكثر . وهذا غلط مخالف لصريح الحديث . انظر (شرح مسلم للنووي ٧/ ١٣) بهامش إرشاد الساري و(المغني ٤/ ٣٩) .

ابن عبد الله الأنصاريّ أنـه قـال « أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر بِقِلادةٍ فيهـا ذهب وخرز وهي من المغانم تباع ، فـأمر رسول الله ﷺ بـالـذهب الـذي في القـلادة ينزع وحـده ، ثم قـال لهم رسـول الله ﷺ : الـذهب بـالـذهب وزنـاً بوزن » خرجه مسلم [١] وأما معاوية كما قلنا فأجـاز ذلـك على الإطلاق . وقـد أنكره عليـه أبـو سعيـد وقـال : لا أسكن في أرض أنت فيهـا .. لمـا رواه من الحديث .

* * *

المسـألـة الثـالثـة : اتفق العلمـاء على أن من شرط الصرف أن يقع نـاجزاً . واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشـافعي : الصرف يقع ناجزاً مالم يفترق المتصارفان تَعَجَّلَ أو تـأخر القبض ، وقـال مـالـك : إن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه [٢] .

---

(١) الحديث رواه مسلم ، والنسائي ، وأبو داود ، والترمذي ، وصححه .
قال الحافظ في التلخيص : له عنـد الطبراني في الكبير طرق كثيرة جـداً في بعضهـا « قلادة فيهـا خرز ، وذهب » وفي بعضها « ذهب ، وجوهر » وفي بعضها « خرز ، وذهب » وفي بعضها « خرز معلقة بذهب » . وفي بعضها « بـاثني عشر دينـاراً » وفي بعضهـا « بتسعـة دنـانير » وفي أخرى « بسبعـة دنانير » وأجاب البيهقي عن هذا الاختلاف بأنها كانت بيوعاً شهدها فضالة .
قـال الحـافـظ : والجواب مسـدد عنـدي أن هـذا الاختلاف لايوجب ضعفـاً . بـل المقصـود من الاستـدلال محفوظ ، لا اختلاف فيـه ، وهو النهي عن بيع مـا لم يفصل . وأمـا جنسهـا ، وقـدر ثمنها ، فلا يتعلق بـه في هـذه الحـال مـا يوجب حكم الاضطراب ، وحينئـذ ينبغي الترجيح بين رواتها ، وإن كان الجميع ثقات ، فيحكم بصحة رواية أحفظهمَ ، وأضبطهم ، فيكون رواية الباقين بالنسبة إليه شاذة انظر (التلخيص) و (نيل الأوطار) .

(٢) قال ابن قدامـة : الصرف بيع الأثمـان بعضهـا ببعض ، والقبض في المجلس شرط لصحـة البيع بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفـظ عنـه من أهل العلم على أن المتصـارفَيْن ، إذا افترقـا قبـل أن يتقـابضـا أن الصرف فـاسـد ، ويجـزىء القبض في المجلس ، وإن طـال ، ولـو تمـاشيـاً مصطحبَيْنِ إلى منزل أحدهما ، أو إلى الصراف ، فتقابضا عنده ، جاز عند الشافعي ، وأحمد .
وقال مالك : لا خير في ذلك ، لأنها فارقا مجلسها . انظر (المغني ٤/ ٥٩) .

وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إلا هاء وهاء »[١] وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعني أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير في المجلس . ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : إنْ تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حِوالة ولا حِمالة ولا خِيار ، إلا ما حكي عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار .

واختُلِف في المذهب في التأخير الذي يُغْلَبُ عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه إنه مثل الذي يقع بالاختيار ، ومرة قيل إنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

* * *

المسألة الرابعة : اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهماً زائفاً ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإنْ كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار . قال : وإنْ رضي بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف في المردود .

وقال الثوري : إذا رد الزيوف كان مخيراً إنْ شاء أبدلها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير : أعني لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل في الصرف ، وهو مبني على أن الغَلَبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولاسيما

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

في البعض ، وهو أحسن .

وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسألة أربعة أقوال : قول بإبطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل ، وقول بالفرق بين القليل والكثير ، وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له [١] .

وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإنْ كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو فى الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه إنه إنْ رضي بالنقصان جاز الصرف ، وإنْ طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإنْ رضي به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضاً إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعني الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعي ، وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان في المذهب ، ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟ [٢] .

* * *

---

(١) انظر لمذهب مالك (الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/ ٥٧) و (الكافي ٢/ ٥) أما عند الشافعي ، وأحمد ، فإن العيب لا يخلو من قسمين :

أحدهما : أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع ، مثل أن يجد الدراهم رصاصاً ، أو نحاساً ، أو فيه شيء من ذلك ، أو الدينار مسحاً فالصرف باطل . نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي . وذكر أبو بكر من الحنابلة عن أحمد ثلاث روايات : باطل وصحيح ، والمشتري بالخيار .

القسم الثاني : أن يكون العيب من جنسه : مثل كون الفضة سوداء ، أو خشنة تتفطر عند الضرب ، أو سكّتها مخالفة لسكة السلطان ، فالعقد صحيح ، والمشتري مخير بين الإمساك ، وبين الفسخ . وهو مذهب الشافعي ، وأحمد . انظر (المغني ٤/ ٨٤) ، (الأم ٣/ ٢٧) .

(٢) لم يذكر ابن عبد البر في الكافي سوى قولٍ واحدٍ لمالك ، فقال : « إن تأخر بعض الصرف ، لم =

المسألة الخامسة : أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة . واختلفوا في المراطلة في الموضعين : **أحدهما** : أن تختلف صفة الذهبين . **والثاني** : أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر . فيريد الآخر أن يزيد بذلك عَرَضاً أو دراهم إنْ كانت المراطلة بذهب ، أو ذهباً إنْ كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك : أما في الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطَلِ بها في الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ، فإن ذلك عنده لا يجوز ، وإنْ كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعني الذي أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجها الآخر أو أردأ منهما معاً ، أو مِثْل أحدهما وأجود من الثاني جازت المراطلة عنده . وقال الشافعي : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين : يجوز جميع ذلك [1] .

وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسد الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلاً ، فكأنه أعطى جُزْءاً من الوَسَطِ بأكثر منه من الأردأ ، أو بأقل منه من

= يصح المقبوض عند مالك ، وبطل جميعه ، إذا كان صفقة واحدة ، ومن اصطرف دراهم ، فنقصت درهماً ، فأراد صاحبه أن يسلفه ذلك الدرهم ، ليتم به الصرف بينهما ، ويكون له ذلك ديناً عليه يتبعه به ، لم يجز » انظر (الكافي ٢/ ٤) . وعند أحمد : إن قبض البعض ، ثم افترقا ، بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من العِوَضِ ، وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . انظر (المغني ٤/ ٥٩) .

ومذهب الشافعي إن اشترى عشرة دنانير بمائة درهم ، وتقابضا البعض ، وافترقا ، بطل الصرف في غير المقبوض ، وفي المقبوض طريقان . انظر (المجموع ١٠/ ١٣٤) .

(١) انظر (الكافي ٢/ ٦) لابن عبد البر .

الأعلى ، فيتذرع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلاً ، مثال ذلك أن إنساناً قال لآخر : خذ مني خمسة وعشرين مثقالاً وَسَطاً بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز هذا لنا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى .

وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة . وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع ، وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالعدد ، أعني إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة . فأراد أحدهما أن يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا ، أو مما لا ربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذي نقص ذهبه أن يُعْطي عِوَضِ الناقص دراهم أو عَرَضاً ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة ، وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون .

وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلاً . وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل . ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

* * *

المسألة السادسة : واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حَلاّ معاً ، وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفى غير

الحال ، وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلا أو لم يحلا [١] .

وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حالين معاً ، لئلا يكون ذلك من بيع الدَّيْن بالدَّيْن . وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك .

وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ماليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة ، وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط .

وقال زفر : لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد .

ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهباً أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ، ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء أكان الأجل حالاً أو لم يكن [٢] ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع ، أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : « لا بأس

---

(١) انظر هذه المسئلة (المغني ٤/ ٢٣٨) ومذهب أحمد في هذه المسئلة كمذهب الشافعي .

(٢) قد نبهنا من قبل بأن في مثل هذا التعبير ، يجب العطف بأم كا في قوله تعالى : ﴿ سَوَآءٌ عليهم ءَأَنذَرْتَهُمْ أَمْ لَمْ تُنذِرْهُم ﴾ وقد قال ابن هشام في « مُغْني اللبيب » وقد أولع الفقهاء ، وغيرهم بأن يقولوا (سواء كان كذا ، أو كذا) . والصواب العطف بأمْ . انظر (مغنى اللبيب ١/ ٤٣) .

بذلك إذا كان بسعر يومه »[١] خَرَّجه أبو داود . وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » .

* * *

المسألة السابعة : اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال : إنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء أكان الصرف في دينار واحد أو في دنانير ، وقيل إنْ كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع ، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعاً للآخر في الجواز ، فإن كانا معاً مقصودين لم يجز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ، لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر[٢] .

* * *

(١) الحديث رواه الخمسة . وفي لفظ « الورق » بدل الدراهم . قال الشوكاني : فيه دليل على أن جواز الاستبدال مقيد بالتقابض في المجلس ، لأن الذهب ، والفضة مالان ربويان ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلا بشرط وقوع التقابض في المجلس ، وهو محكي عن عمر ، وابنه عبد الله رضي الله عنهما ، والحسن ، والحكم ، وطاوس ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأحمد ، وغيرهم .

وروي عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وهو أحد قولي الشافعي : أنه مكروه . ثم قال : واختلف الأولون ، فمنهم من قال : بشرط أن يكون بسعر يومها ، كما هو في الحديث وهو مذهب أحمد ، وقال أبو حنيفة : والشافعي : إنه يجوز بسعر يومها ، وأغلى ، وأرخص ، وهو خلاف ما في الحديث من قوله « بسعر يومها » ، وهو أخص من حديث « إذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يداً بيد » فيبنى العام على الخاص . انظر (نيل الأوطار ٥/ ١٧٨) .

(٢) انظر هذه المسئلة (الكافي ٢/ ٧) لمذهب مالك .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب السَّلَم

كتاب السَّلَم *

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب : **الباب الأول : في** محله وشروطه . **الباب الثاني :** فيا يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير . **الباب الثالث :** في اختلافهم في السَّلَم .

---

* يقال : أسلم ، وأسلف ، وسلّف ويسمى سَلَماً ، وسَلَفا وتعريفه : هو « عقد على موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً » هذا تعريف الشافعية .

أما الحنابلة ، فعرفوه بأنه « تسليم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة إلى أجل » . أما الحنفية ، فإنهم عرفوه بأنه « شراء آجل بعاجل » . أما المالكية ، فقد عرفوه بأنه « عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغيرعين ، ولا منفعة ، غيرمماثل العوضين » . وكلها تدور حول معنى واحد ، وهو بيع موصوف في الذمة ، وأخذ ثمنه عاجلاً .

وهو نوع من البيع ، ينعقد بما ينعقد به البيع ، وبلفظ السلم ، والسلف . ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع . وهو جائز بالكتاب ، والسنة ، والإجماع . انظر (المغني ٤/ ٣٠٤) و (شرح مسلم للنووي) أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمّى فاكتبوه** ﴾ آية ٢٨٢ البقرة .

وأما السنة فحديث ابن عباس الآتي . وأما الإجماع ؛ فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز .

انظر كتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) لهذا النوع من البيوع ، والذي تتبعه البنوك الإسلامية حالياً . وانظر كتابنا مقالات وردود علمية ، مقالاً بعنوان « السلم ضمن الاعتماد المستندي » ، وأن التكييف الشرعي للاعتماد المستندي هو بيع السلم .

وانظر كذلك « نظرية جديدة حول السلم » في « المقالات » .

الباب الأول

في محله وشرطه

أما محله فإنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : « من أسلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[١] واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة ، وهو الدور والعقار .

وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيراً إلى ظاهر هذا الحديث . والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد .

واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعي والأوزاعي والليث إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق : لا يجوز السلم في الحيوان ، وهو قول ابن مسعود . وعن عمر في ذلك قولان .

---

(١) حديث « من سلّف في شيء .. » رواه البخاري ، ومسلم ، بل رواه الجماعة . انظر (إرشاد الساري ٤ / ١١٧) عن ابن عباس ، وكذلك رواه الشافعي . انظر (التلخيص ٣/ ٣٢) وكذلك حديث عبد الرحمن بن أبزي ، وعبد الله بن أبي أوفي قالا : « كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام ، فنسلفهم في الحنطة ، والشعير ، والزبيب ، فقلت : أكان لهم زرع ، أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك » رواه الخمسة إلا الترمذي انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٢٦) وممن قال بجواز السلم في الحيوان : ابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، ومجاهد ، والزهري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وظاهر المذهب عند أحمد . وحكاه الجوزجاني عن عطاء ، والحكم . وممن منعه أبو حنيفة ، والثوري ، وروي ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، =

وعمدة أهل العراق في ذلك ما روي عن ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان » (١) وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضاً بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٢) . وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روي عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » (٣) وحديث أبي رافع أيضاً « أن النبي ﷺ استسلف بَكْراً » (٤) قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة .

فسبب اختلافهم شيئان : **أحدهما** : تعارض الآثار في هذا المعنى . **والثاني** : تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر إلى تباين الحيوان في الخَلْق والصفات وبخاصة صفات النفس قال : لا تنضبط . ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ، وكذلك السلم في الرؤوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة ، واختلف في ذلك قول أبي حنيفة والشافعي ، وكذلك السلم في الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة

= وحذيفة ، وسعيد بن جبير ، والشعبي ، والجوزجاني انظر (المغني ٤/ ٣٠٧) و (تحفة الفقهاء ٣/ ١٦) لمذهب أبي حنيفة وبالقول الأول نأخذ حيث يتمشى مع سماحة الإسلام ، ونحن في حاجة اليوم إليه أكثر مما سبق .

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث .

(٣) حديث « أنه اشترى البعير بالبعيرين » رواه أبو داود . (التلخيص) .

(٤) حديث « استسلف بكرًا .. » رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي رافع . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٩/ ٢٥٩) .

لا إحصاء للفروع ، لأن ذلك غير منحصر (١) .

* * *

وأما شروطه : فمنهـا مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهي ستة : منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء .

ومنها أن يكون مقدراً إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطاً بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة . ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الأجل . ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلاً بعيداً ، لئلا يكون من باب الكالىء بالكالىء ، هذا في الجملة (٢) . واشترطوا في

---

(١) أما البيض ، فأجاز فيه السلم أبو حنيفة ، والشافعي والأوزاعي ، ومنع فيه أحمد ، وهو القول الثاني عن الشافعي .

وأما اللؤلؤ ، والياقوت ، والفيروذج ، والزبرجد ، والعقيق ، والبلور ، فلا يجوز فيه السلم عند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وحكي عن مالك صحة ذلك .

أما في اللحم النيء فيجوز السلم عند الشافعي ، ولو مع عظمه ، وعند أبي حنيفة لا يجوز مع العظم ، وبدون عظم : قيل : يجوز : وقيل لا يجوز . ويجوز عند أحمد ، ومالك . أما في الرؤوس ، والأطراف ، فللشافعي فيها قولان كاللحم ، أحدهما يجوز ، وهو قول مالك ، والأوزاعي ، وأبي ثور ، والآخر لا يجوز ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن أكثره العظام ، والمشافر ، واللحم فيه قليل ، وليس بموزون بخلاف اللحم ، وعن أحمد روايتان : رواية بالجواز ، وأخرى بعدم الجواز انظر (المغني ٣١٠/٤)و (المجموع ١٢ / ١٣٨)و (تحفة الفقهاء ١٧/٣) لمذهب أبي حنيفة .

ونرجح القول القائل بجواز كل ذلك ، لأن الناس في حاجة اليوم إلى كل ذلك ، وديننا دين يسر ، وسماحة .

(٢) الشروط منها ما هو يختص في المسلم فيه ، وهي ستة : أن يكون في الذمة ، وأن يكون =

اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها .

واختلفوا في أربعة : **أحدها** : الأجل . هل هو شرط فيه أم لا ؟ . **والثاني** : هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا ؟ **والثالث** : اشتراط مكان دفع المسلم فيه . **والرابع** : أن يكون الثمن مقدراً إما مكيلاً وإما موزوناً وإما معدوداً وأن لا يكون جزافاً . فأما الأجل فإن أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك . وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه ؛ أنه من شرط السلم ، وقد قيل إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال .

وأما اللخْمِيّ فإنه فَصَّلَ الأمر في ذلك فقال : إن السلم في المذهب يكون على ضربين : سلم حال ، وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة . وسلم مؤجل ، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة [1] . وعمدة من

= موصوفاً ، وأن يكون مقدراً ، وأن يكون مؤجلاً عند من يشترط التأجيل ، وأن يكون الأجل معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند محل الأجل .

وأما ما يشترط في رأس المال : فأن يكون معلوم الجنس مقدراً نقداً . وقد اتفقوا على الشرطين الأولين ، واختلفوا في النقد أما تأجيل الثمن ، فإن أبا حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، يشترطون التقابض في المجلس قبل التفرق ، فإن تفرقا قبل ذلك ، بطل العقد .

وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبضه اليومين ، والثلاثة ، وأكثر ما لم يكن ذلك شرطاً ، لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً ، فأشبه ما لو تأخر إلى آخر المجلس . انظر (المجموع ١٢/ ١١٠) و (المغني ٤/٣٢٨) .

(١) انظر (المجموع ١٢/ ١٢٠) قال صاحب المجموع : جوازه مؤجلاً أمر مجمع عليه . أما جوازه حالاً ، فجمهور المذاهب على خلافه . قال الشيرازي : ويجوز مؤجلاً للآية ، ويجوز حالاً ، لأنه =

اشترط الأجل شيئان : ظاهر حديث ابن عباس . والثاني : أنه إذا لم يُشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه .

وعمدة الشافعي أنه إذا جاز الأجل فهو حالاً أجوز لأنه أقل غرراً . وربما استدلت الشافعية بما روي « أن النبيَّ ﷺ اشترى جملاً من أعرابي بوَسْقِ تمرٍ ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبي ﷺ تمراً وأعطاه إياه »[1] قالوا : فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة ، والمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما جُوِّزَ لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب فيه لموضع النسيئة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى .

واختلفوا في الأجل في موضعين : **أحدهما** : هل يُقَدَّر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ والقِطاف والحصاد والموسم ؟ . **والثاني** : في مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه المسلم ، فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم إن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ، وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد .

وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فإن الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، فمن

= إذا جاز مؤجلاً ، فلأن يجوز حالاً ـ وهو من الغرر أبعد ـ أولى . انظر (التهذيب مع المجموع ١٢/ ١٢٠) وانظر (الفتح ٤/ ٣٤٣) وممن أجازه كذلك حالاً : أبو ثور ، وابن المنذر . وممن منعه في الحال : أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي ، وأحمد . انظر (المغني ٤/ ٣٢١) .
واللخمي الذي ذكره المؤلف من الشافعية .

(١) رواه ابن ماجة في سننه . انظر (٢/ ٨١٠) .

جعل الأجل شرطاً غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، ومن جعله شرطاً معللاً باختلاف الأسواق ، اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالباً .

وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي [1] فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير : أجاز ذلك إذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قِبَلِ الزيادة والنقصان ، ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قِبَل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه .

وأما اختلافهم في هل شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم ؟ فإن مالكاً والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم في غير وقت إبّانه . وقال أبو حنيفة وأصحابه

---

(١) قال الشوكاني : اختلف الجمهور في مقدار الأجل . فقال أبو حنيفة : لا فرق بين الأجل القريب ، والبعيد . وقال أصحاب مالك : لابد من أجل تتغير فيه الأسواق ، وأقله عندهم ثلاثة أيام ، وكذا عند الهادوية ، وعند ابن القاسم خمسة عشر يوماً . وأجاز مالك السلم إلى العطاء ، والحصاد ، ومقدم الحاج ، ووافقه أبو ثور ومنع من ذلك ابن عباس ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وابن المنذر ، وأحمد . وعن أحمد رواية أخرى : أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس .

واختاره ابن خزيمة تأقيته إلى الميسرة واحتج بحديث عائشة « أن النبي ﷺ بعث إلى يهودي : أبعث إليّ ثوبين إلى الميسرة » وأخرجه النسائي ، وطعن ابن المنذر في صحته ، قال الشوكاني : وليس ذلك دليلاً على المطلوب ، لأن التنصيص على نوع من أنواع الأجل لا ينفي غيره . وقال المنصور بالله أربعون يوماً . وقال الناصر : أقله ساعة .

قال الشوكاني : والحق ما ذهبت إليه الشافعية من عدم اعتبار الأجل ، لعدم ورود دليل يدل عليه ، فلا يلزم التعبد بحكم بدون دليل . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢٦٥) وانظر (المغني ٤/ ٣٢٢) وانظر (الكافي ٢/ ٤٨) لمذهب مالك .

والثوري والأوزاعي لا يجوز السلم إلا في إبّان الشيء المسلم فيه [١] . فحجة من لم يشترط الإبّان ما ورد في حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث [٢] فأُقِرُّوا على ذلك ولم يُنْهوا عنه .

وعمدة الحنفية : ما روي من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها » [٣] وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجوداً في حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يُخْلَق أكثر ، وإنْ كان ذلك مُعَيّناً وهذا في الذمة ، وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

* * *

وأما الشرط الثالث : وهو مكان القبض ، فكان أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضي أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك [٤] .

* * *

وأما الشرط الرابع : وهو أن يكون الثمن مقدراً مَكِيلا أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً لا جزافاً ، فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ، ولا صاحبا أبي حنيفة : أبو يوسف ومحمد ، قالوا [٥] : وليس يُحفظ

---

(١) لا يشترط أن يكون المسلم فيه موجوداً حال السلم ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وابن المنذر .
وقال الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة : لابد أن يكون موجوداً حال العقد إلى حين المحل .
انظر (المغني ٤/ ٣٢٦) وما نراه أن القول الأول هو الصواب . والله أعلم .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

(٤) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب أبي حنيفة (تحفة الفقهاء ٢/ ١٣) .

(٥) في جميع النسخ هكذا (قالوا) ، فيفهم من النص أن القائلين عن مالك أبو يوسف ، ومحمد ، =

عن مالك في ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه . وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يكون فيه الوزن ، وبالكيل فيما يكون فيه الكيل ، وبالذرع فيما يكون فيه الذَّرْع وبالعدد فيما يكون فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد من هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعاً مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعاً واحداً ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة وأنه لا يكون في مُعَيَّن . وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة (١) .

* * *

= وليس الأمر كذلك ، فلعل هناك سقطاً من قول الشافعي ، وصاحبَي أبي حنيفة ، فيكون هكذا وقالوا : لأنه عوض مشاهد ، فلم يحتج إلى معرفة قدره . ويكون « وليس يحفظ .. » كلام مستأنف فالثمن يجوز عند الشافعي جزافاً ، فتقوم الإشارة مقام بيان القَدْر ، إذا كان الثمن من المذروعات ، أو المعدودات المتفاوتة . فإن قال له : أسلمت لك هذا الثوب ، أو هذه الصبرة من البطيخ في كذا ، صح ، وإن لم يبين عدد أذرع الثوب ، ولا عدد الصبرة من البطيخ ، أما إذا كان الثمن من المكيلات ، أو الموزونات ، فإن فيه خلافاً في مذهب الشافعي ، فقيل الإشارة تكفي ، وقيل : لا تكفي ، ويجوز الجزاف في مذهب مالك كذلك .

أما عند أبي حنيفة ، فلا يجوز ذلك ، وبه يقول أحمد ، ولم يشترطه صاحبا أبي حنيفة : أبو يوسف ، ومحمد . انظر (المجموع ١٢/ ١٣٢) و (تحفة الفقهاء ٢/ ٧) و (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٨١) و (الشرح الصغير ٣/ ٢٦٥) لمذهب مالك ، و (المغني ٤/ ١٣١) لابن قدامة ويتفرع على مسألة الجزاف في الثمن : بأن يسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة ، وقفيز شعير ، ولا يبين ثمن كل من الحنطة ، والشعير مستقلين ، فهذا لا يجوز عند أحمد ، وأبي حنيفة ، ويجوز عند صاحبيه ، والشافعي . انظر (المغني) و (تحفة الفقهاء) .

(١) انظر لمذهب مالك : السلم في قرية بعينها . إذا كانت مأمونة (الكافي ٢/ ٤٩) ولا يجوز ذلك عند أحمد ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، والأوزاعي ، ولا بستانٍ بعينه .

قال ابن المنذر : إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم . انظر (المغني ٤/ ٤٢٥) .

الباب الثاني

فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السَّلَم وما يعرض في ذلك من الإقالة[١] والتعجيل والتأخير

وفي هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر المشهور منها :

مسألة : اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا وقع ذلك كان المسْلِم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم ، وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من هذه السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب مالك : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالىء بالكالِىء .

وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى القابل ، واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي ، والكالىء بالكالىء المنهي عنه إنما هو المقصود ـ لا الذي يدخل اضطرارً[٢] .

* * *

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (من الإقامة) والصواب ما أثبتناه .

(٢) إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل ، فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد ، فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ، ويرجع بالثمن ، إن كان موجوداً ، أو بمثله ، إن كان مثليًّا ، وإلا قيمته : وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة وأحمد ، وإسحق ، وابن المنذر . وفيه وجه آخر عن أحمد : أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام ، بدليل وجوب التسليم =

مسألة : اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه ، فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً ، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره » [١] . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين : **أحدهما** : إذا كان المسلم فيه طعاماً ، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث .

والثاني : إذا لم يكن السلم فيه طعامًا فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسْلَم فيه عَرَضاً والثمن عَرَضاً مخالفاً له فيأخذ

= منها ، فإذا هلكت ، انفسخ العقد ، كما لو باعه قفيزاً من صبرة ، فهلكت . قال ابن قدامة : والأول هو الصحيح . وقول للشافعي أنه ينفسخ العقد . انظر (المغني ٤/ ٣٢٦) و (المجموع ١٢ / ١٧١) أما مالك ، فله ثلاثة أقوال في المسئلة . انظر (الكافي ٢/ ٩٢) .

(١) الحديث رواه أبو داود ، وابن ماجة .

قال الشوكاني : (قوله ، فلا يصرفه إلى غيره) الظاهر أن الضمير راجع إلى المسلم فيه ، لا إلى ثمنه ، الذي هو رأس المال : والمعنى أنه لا يحل جعل المسلم فيه ثمناً لشيء قبل قبضه ، ولا يجوز بيعه قبل القبض : أي لا يصرفه إلى شيء غير عَقْدِ السَّلَمِ . وقيل : الضمير راجع إلى رأس مال السلم ، وعلى ذلك حمله ابن رسلان في شرح السنن ، وغيره : أي ليس له صرف رأس المال في عِوَضٍ آخر ، كأن يجعله ثمناً لشيء آخر . فلا يجوز له ذلك حتى يقبضه ، وَإلى ذلك ذهب مالك ، وأبو حنيفة ، والهادي ، والمؤيد بالله ، وهو مذهب أحمد .

وقال الشافعي ، وزفر : يجوز ذلك ، لأنه عوض عن مستقر في الذمة ، فجاز كما لو كان قرضاً ، ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد على فرض تعذر المسلم فيه ، فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع ، إذا فسخ . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢٥٨) .

وقد نقل ابن قدامة اتفاق الفقهاء على أن بيع المسلم فيه لا يجوز فقال : أما بيع المسلم فيه قبل قبضه ، فلا نعلم في تحريمه خلافاً . انظر (المغني ٤/ ٣٣٤) إذن قول المؤلف « اختلف العلماء في بيع المسلم فيه ...» فيه نظر . فتأمل ذلك .

المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئاً من جنس ذلك العَرَض الذي هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إنْ كان العَرَضُ المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل .

وكذلك إنْ كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لا من جنسه ولا من غير جنسه ، فإن كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز ، لأنه يحمله علي العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وإن كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل في الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيراً ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدَّيْن بالدَّيْن .

وأن كان رأس مال المسلم عيناً وأخذ المسلم فيه عيناً من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه علي الصرف المتأخر ، وكذلك إنْ أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شيء يجوز التبايع به ما لم يكن طعامًا ، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه .

وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بَيْعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو إلى : ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك في دخول بيع وسلف به إذا [١] حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (إذ) والصواب ما أثبتناه .

عند الشافعي وأبي حنيفة ، لأنها لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع [1] .

* * *

مسألة : اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئاً بعد الإقالة بما لا يجوز قبل الإقالة ، فمن العلماء من لم يجزه أصلاً ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك مالا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق ، إذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ، ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من

---

(١) الشركة في السلم ، والتولية ، والحوالة غير جائزة فيه .

أما الإقالة في المسلم فيه ، فجائزة ، لأنها فسخ للعقد ، ورفع له من أصله ، وليست بيعاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة .

أما الإقالة في بعض المسلم فيه ، فاختلف فيها عن أحمد ، فروي عنه . أنها لا تجوز ، ورويت كراهتها عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، وربيعة ، وابن أبي ليلى ، وإسحق .

وروى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها ، وروي ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومحمد بن علي ، وحميد بن عبد الرحمن ، وعمرو بن دينار ، والحكم ، والثوري ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، وابن المنذر ، لأن الإقالة مندوب إليها ، وكل معروف جاز في الجميع ، جاز في البعض ، كالإبراء ، والإنظار .

ووجه القول الأول : أن السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل ، فإذا أقاله في البعض ، بقي البعض بالباقي من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه ، فلم يجز . انظر (المغني ٣٣٦/٤) و المجموع ١٦٩/١٢) والوجه الأول أليق ، لأن الرضا من المشتري حاصل ، وهو الذي دفع الثمن . والله أعلم .

مذهبه . ومن العلماء من أجـازه ، وبه قال الشافعية والثوري [١] .

وحجتهم أن بالإقالة قد مَلَكَ رأس ماله ، فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب ، والظن الرديء بالمسلمين غير جائز . قال : وأمـا حـديث أبي سعيـد فإنه إنما وقع النهي فيه قبل الإقالة .

* * *

مسألة : اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت إليك ، فقال مالك وطـائفـة : ذلـك لا يجوز وقـال قوم : يجوز ، واعتل مالك في ذلك مخالفة أن يكون المشتري لما حَلَّ لـه الطعـام على البـائع . أخره عنه على أن يقيله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ، وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدَّيْن بالـدَّيْن ، والـذين رأوه جـائزا رأو أنه باب المعروف والإحسان الذي أمر الله تعالى بـه . قـال رسول الله ﷺ « من أقال مسلماً صفقته أقال الله عثرته يوم القيامـة ، ومن أنظر معسراً أظلـه الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله » [٢] .

* * *

مسألة : أجمع العلماء على أنـه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنـانير إلى أجل فدفعها إليه عند الأجل وبعده أنه يلزمه أخـذهـا . واختلفوا في العروض

---

(١) فإن أراد أن يعطيه بعد الإقالة عوضاً عنـه ، فقـال الشريف أبو جعفر من الحنـابلـة : ليس لـه صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه . وبه قال أبو حنيفة .

وقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة : يجوز أخـذ العوض عنـه ، وهو قول الشـافعي ، لأنـه عوض مستقر في الذمة ، فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضاً ، ولأنه مال عاد إليـه بفسخ العقـد ، فجاز أخذ العوض عنه ، كالثمن في المبيع ، إذا فسخ ، والمسلم فيه مضمون بـالعقـد ، وهـذا مضمون بعد فسخه . والخبر أراد به المسلم فيه ، فلم يتنـاول هذا . انظر (المغني ٤/ ٣٣٧) .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث في كتاب البيع ، وانظر هذه المسئلة لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٨٠) .

المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالـك والجمهور : إنْ أتى بهـا قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعي : إنْ كان مما لا يتغير ولا يقصد به النضارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النضارة كالفواكه لم يلزمه .

وأما إذا أتى بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مـالـك فروي عنـه أنه يلزمـه قَبضُـه مثل أن يسلم في قطـائف الشتـاء فيـأتي بها في الصيف ، فقـال ابن وهب وجماعة :لا يـلزمه ذلك [1] وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبل أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذي قصـده ، ولمـا عليه من المؤنة في ذلك ، وليس كذلك الدنـانير والـدراهم ، إذ لا مؤنـة فيهـا ، ومن لم يلزمـه بعـد الأجل فحجتـه أنـه رأى أن المقصـود من العروض إنمـا كان وقت الأجل لا غيره . وأما من أجـاز ذلـك في الوجهين ، أعني بعـد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

* * *

مسألة : اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منـه طعـامـاً على مكيلـةٍ

---

(١) جاء في المغني : ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثـة أحوال : أحدها : أن يحضره في محله ، فيلزمه قبوله ، لأنه أتاه بحقه في محلـه ، وسواء كان عليـه في قبضـه ضرر ، أم لم يكن .

الحال الثاني : أن يأتي به قبل محله ، فينظر فيه ، فـإن كان ممـا في قبضـه قبل محلـه ضرر ، إمـا لكونه مما يتغير كالفاكهة ، والأطعمة كلها ، أو كان قـديمـه دون حـديثـه كالحبوب ، ونحوهـا ، لم يلزم المسلّم قبوله ، لأن له غرضاً في تأخيره : بأن يحتاج إلى أكله ، أو إطعامه في ذلـك الوقت ، وكذلك الحيوان ، لأنه لا يأمن تلفه ، ويحتاج إلى الإنفـاق عليـه إلى ذلـك الوقت .. فلا يلزمـه الأخذ في هذه الأحوال كلها ، وإن كان مما لا يتغير كالحديد ، والرصاص ، والنحاس ، وليس في قبضه ضرر ، فعليه قبضه .

الحال الثالث : أن يحضره بعد محل الوجوب ، فحكمـه حكم مـا لو أحضر المبيع بعـد تفرقهما . انظر (٤/ ٣٣٩) و (المجموع ١٢/ ١٤٥) .

ما فأخبر البائع أو المسلم إليه المشترى بكيل الطعام ، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد . وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن .

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي والليث : لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيله ؛ لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري » [1] .

---

(١) الحديث رواه ابن ماجة ، والدارقطني عن جابر . وفي إسناده ابن أبي ليلى قال البيهقي : وقد روي من طريق آخر . انظر (نيل الأوطار ١٨٢/٥) وقد تقدم . جاء في المغني : فإن باع ما علم كيلة صبرة ، فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم ، وهو قول مالك ، والشافعي ، لأن البيع معلوم لهما ، ولا تغرير من أحدهما ، فأشبه ما لو علم كيله ، أو جهلاه .

وإن أخبره البائع بكيله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيع صحيح عند أحمد ، فإن قبضه باكتياله ، تم البيع ، والقبض ، وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً ، فإن كان المبيع باقياً ، كاله عليه ، فإن كان قدر حقه الذي أخبره به ، فقد استوفاه ، وإن كان زائداً ، رد الفضل ، وإن كان ناقصاً ، أخذ النقص . وإن تلف ، فالقول قول القابض في قَدْره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلاً ، أم كثيراً . انظر (المغني ٤/ ١٤٠) ومثله المسلم فيه انظر (٣٤١/٤١) .

أما عند الشافعي ، فإن أسلم إليه في طعام بالكيل ، أو اشترى طعاماً بالكيل ، فدفع إليه الطعام من غير كيل ، لم يصح القبض ، لأن المستحق قبض بالكيل ، فلا يصح قبض بغير كيل ، فإن كان المقبوض باقياً ، رده على البائع ليكيله له ، وإن تلف في يده قبل الكيل ، تلف من ضمانه ، لأنه قبض عن حقه ، وإن ادعى أنه كان دون حقه ، فالقول قوله ، لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره . فإن باع الجميع قبل الكيل ، لم يصح ، لأنه لا يتحقق أن الجميع له ، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له ، ففيه وجهان : وجه يصح ، ووجه لا يصح . انظر (المهذب مع المجموع ١٢/ ١٦٤) .

واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري ، قبل الكيل ، فاختلفا في الكيل ، فقال الشافعي : القول قول المشتري ، وبه قال أبو ثور ، وقال مالك : القول قول البائع لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه إياه ، وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

* * *

الباب الثالث

في اختلاف المتبايعيْن في السَّلَم

والمتبـايعين في السلم إمّـا أن يختلفـا في قَـدْر الثمن أو المثمـون . وإمـا في جنسهما ، وأما في الأجل ، وإما في مكان قبض المسلم ، فـأمـا اختلافهم في قَدْر المسلم فيه ، فالقول فيه قول السلم إليه إنْ أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضاً قول المسلم إنْ أتى أيضاً بما يشبـه ، فـإن أتيـا بمـا لا يشبـه فـالقيـاس أن يتحـالفـا ويتفـاسخـا . وأمـا اختلافهم في جنس المسلم فيـه ، فـالحكم في ذلـك التحـالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحـدهمـا : أسلمت في تمر ، ويقول الآخر : في قمح . وأما اختلافهم في الأجل فإن كان في حلوله فـالقول قول المسلم إليـه ، وإن كان في قَدْره فالقول أيضاً قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، مثل أن يـدعي المسلم وقت إبـان المسلم فيـه ، ويـدعي المسْلم إليـه غير ذلـك الوقت ، فـالقـول قول المسلم .

وأمـا اختلافهم في موضع القبض ، فـالمشهور ، أن من ادعى مـوضـع عقـد السلم فالقول قوله ، وإن لم يَدَّعِهِ واحد منهما فالقول قول المسلم إليـه . وخـالف سحنون في الـوجـه الأول فقـال : القـول قـول المسلم إليـه وإنِ ادعى القبض في موضع العقد تحـالفـا وتفـاسخـا . وأمـا اختلافهم في الثمن فحكمـه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك [١] .

* * *

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مـالـك (الكافي ٢/٥٣) . أمـا عنـد أحمـد : فـإذا اختلف المُسْلِم ، والمسلَّم إليه في حلول الأجل ، فالقول قول المسلَّم إليـه ، لأنـه منكر ، وإن اختلفـا في أداء المسلَّم فيـه ، فالقول قول المسلَّم لذلك ، وإن اختلفا في قبض الثمن ، فالقول قول المسلَّم إليه لذلك .
وإن اتفقا عليه ، وقال أحدهما : كان في المجلس قبل التفرق ، وقال الآخر : بعده ، فـالقول قول من يدعي القبض في المجلس ، لأن معه سلامـة العقـد . وإن أقـام كل واحـد منهما بينـة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته ، لأنها مثبتة ، والأخرى نافية ، انظر (المغني ٤/ ٣٤٦) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب بيع الخيار

كتاب بيع الخيار *

والنظر في أصول هذا الباب ، أما أولاً فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط النقدية فيه أم لا ؟ وممن ضمان المبيع في مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول ؟ أما جواز الخيار فعليه الجمهور . إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر .

وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه « ولك الخيار ثلاثاً » (١)

---

* تقدم الكلام عن خيار المجلس ، وهنا الكلام عن خيار الشرط .

(١) هذا جزء من حديث ابن عمر : أن رجلاً كان يُخْدَعُ في البيوع ، فقال له رسول الله ﷺ : « إذا بايعت ، فقل : لا خلابة » متفق عليه ، ولأحمد ، وأصحاب السنن ، والحاكم من حديث أنس « أن رجلاً من الأنصار كان يبايع على عهد رسول الله ﷺ ، وكان في عقدته ضعف .. » الحديث .
قال الحافظ : العقدة : الرأي ، والخلابة كالخداع ، ومنه برق خالب لا مطر فيه .
وذلك الرجل كان حبان بن منقذ ، أصابته آفة في رأسه ، فكان يُخْدَعُ في البيع - الحديث - كذلك صرح به الشافعي ، ووقع التصريح في رواية ابن الجارود ، والحاكم ، والدارقطني ، وغيرهم وكذلك أخرجه الدارقطني ، والطبراني في الأوسط من حديث عمر بن الخطاب . وقيل : إن القصة لمنقذ والد حبان . قال النووي : وهو الصحيح .
قال الحافظ : وهو في ابن ماجة ، وتاريخ الطبري، وبه جزم عبد الحق . وجزم ابن الطلاع في الأحكام بالأول ، وتردد في ذلك الخطيب في المبهمات ، وابن الجوزي في التلقيح .
وقوله « وجعل لك ذلك ثلاثة أيام » وفي رواية : « ولك الخيار ثلاثاً » وفي رواية « قل لا خلابة ، واشترط الخيار ثلاثاً » قال الرافعي : وهذه الروايات كلها في كتب الفقه ، وليست في كتب الحديث المشهورة سوى قوله « لا خلابة » .
قال الحافظ : وأما قوله : « ولك الخيار ثلاثاً » ، فرواه الحميدي في مسنده ، والبخاري في تاريخه ، والحاكم في مستدركه من حديث محمد بن إسحق عن نافع عن ابن عمر ، ولفظ البخاري « إذا بعت ، فقل : لا خلابة ، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال » . وصرح بسماعه ابن إسحق .
وأما قوله « ولك الخيار ثلاثة أيام » فروى الدارقطني من حديث طلحة بن يزيد بن ركانة أنه =

وما روي في حديث ابن عمر « البيعان بالخيار مالم يفترقا إلا بيع الخيار » .
وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا : حديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكى إليه ﷺ أنه يُخْدَعُ في البيوع . قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إلا بيع الخيار » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو : « أن يقول أحدهما لصاحبه : اختر » وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قَدْر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات : فقال : مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام ، لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، وبه قال داود [١] .

= كلمه عمر في البيوع ، فقال : لا أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ إنه كان ضرير البصر ، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام ، وفيه ابن لهيعة ، وكذا هو رواية ابن ماجة ، والبخاري في تاريخه من طريق محمد بن يحي بن حبان قال : كان جدي منقذ بن عمرو ـ فذكر الحديث ـ وفيه « ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال » .
وأما رواية الاشتراط : فقال ابن الصلاح : منكرة ، لا أصل لها .
قال الحافظ : وفي مصنف عبد الرزاق عن أنس « أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً ، واشترط الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع ، وقال : الخيار ثلاثة أيام » . انظر (التلخيص ٣/ ٢٢١) .

(١) وقد نقل النووي : الإجماع على صحة شرط الخيار في البيع . (المجموع ٩/ ١٧٨) خيار الشرط قال الشافعية ، والحنفية إنه لا يزاد فيه على ثلاثة أيام ، وذهب ابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور ، وآخرون إلى أنه لا أمد لمدة خيار الشرط ، بل البيع =

واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة ، فقال الثورى والحسن ابن جني وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبداً ، وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع .

واختلف أبو حنيفة والشافعي إنْ وقع الخيار في الثلاثة أيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع في الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ، وقال الشافعي : بل هو فاسد على كل حال [١] ، فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيداً ؟ وإن جاز مقيداً فكم مقداره ؟ وإن لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال ؟ وإن وقع في الثلاث ؟ . فأمّا أدلتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه .

= جائز ، والشرط لازم إلى الوقت الذي يشترطانه ، وهو اختيار ابن المنذر ، فإن شرطا ، أو أحدهما الخيار مطلقاً ، فقال الأوزاعي ، وابن أبي ليلى : هو شرط باطل ، والبيع جائز ، وقال الثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة يبطل البيع أيضاً . وقال أحمد ، وإسحق للذي شرط الخيار أبداً . انظر (الفتح ٤/ ٢٦١) وانظر (المجموع ٩/ ٢١٢) .

(١) قال النووي : لمذهب الشافعي : ولو زاد على ثلاثة أيام ، ولو لحظة ، بطل البيع .

ويشترط كون المدة معلومة ، فإن شرطا الخيار مطلقاً ، ولم يقدراه بشيء ، أو قدراه بمدة مجهولة كقوله بعض يوم . أو إلى أن يجيء زيد ، أو غير ذلك ، بطل البيع بلا خلاف في مذهب الشافعي ، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد ، جاز بلا خلاف ولو قال : إلى طلوعها ، فلا يجوز ، لأنه يمكن أن يحصل غيم في السماء وعند أحمد ذلك جائز . انظر (المغني ٣/ ٥٨٩) فلو أسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس ، وقبل انقضاء الثلاثة ، لا ينقلب العقد صحيحاً عند الشافعي بلا خلاف ، وقال أبو حنيفة : يصح العقد . انظر (المجموع ٩/ ١٧٩) وما بعدها .

وممن قال ببطلان الخيار غير المؤقت الثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ورواية عن أحمد .

وقال أحمد ، وإسحق : البيع صحيح ، والخيار باطل . وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى : البيع صحيح ، والشرط باطل .

وقال مالك : البيع صحيح ، ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع . والله أعلم . انظر (المجموع ٩/ ٢١٢) وانظر (المغني ٣/ ٥٩٠) و (تحفة الفقهاء ٢/٩٣) لمذهب أبي حنيفة .

وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثاً فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ ، وذلك كسائر الرخص المستثناه من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : « من اشترى مُصَرّاة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وأما حديث منقذ ، فأشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال لمنقذ وكان يُخْدَعُ في البيع « إذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثاً » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف .

وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع ، والمشتري أمين ، وسواء أكان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب أنه إنْ كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإنْ كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغلب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغلب فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إنْ كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، أما إنْ كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل ملك المشتري الثمن ، وبقي معلقاً حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه أنّ على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما : أن الضمان من المشتري لأيهما

كان الخيار[١] .

فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم ينقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشتري قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق .

وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلأنه إنْ كان البائع هو المشترط فالخيار له في إبقاء المبيع على ملكه ، وإن كان المشتري هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في مِلْك المشتري هو الذي شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خياراً ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ، ولكن القول يمانع الحكم ، فإنه لابُدَّ أن تكون مصيبته من

(١) مذهب أحمد أن الضمان على المشتري ، إذا قبضه ، ولم يكن مكيلاً ، ولا موزوناً ، فإن تلف ، أو نقص ، أو حدث به عيب في مدة الخيار ، فهو من ضمانه ، لأنه ملكه ، وغلته له . انظر (المغني ٣/ ٥٧٣) .

وعند الشافعي : إن تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار ، فلمن له الخيار الفسخ ، والإمضاء ، لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع ، فإن فسخ ، وجبت القيمة على المشتري . انظر (المهذب مع المجموع ٩/ ٢٠٧) .

أما مذهب أبي حنيفة ، فقال : السمرقندي : فلا يخلو إما أن تهلك في يد البائع ، أو في يد المشتري ، والخيار للبائع ، أو للمشتري ؟ فإن هلكت في يد البائع ، فإنه يسقط الخيار ، سواء كان الخيار للبائع أم للمشتري ، لأنه ينفسخ العقد ، ولا يمكنه مطالبة المشتري بالثمن بدون تسليم .

وإن هلكت في يد المشتري ، فإن كان الخيار للبائع ، تهلك بالقيمة ويسقط الخيار في قول عامة أهل العلم .

وقال ابن أبي ليلى : تهلك أمانة . وإن كان الخيار للمشتري ، فإنه يهلك عليه بالثمن . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ١٠٥) وانظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٥٧) و (قوانين الأحكام الشرعية) .

أحدهما ، والخلاف آيل إلى هل الخيـار مشترط لإيقـاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع ؟ فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميـه فهو في ضمانه .

* * *

وأما المسألة الخامسة : وهي : هل يورث خيـار المبيع أم لا ؟ فـإن مـالكاً والشافعي وأصحابهما قالوا : يورث . وأنه إذا مات صاحب الخيار فلورثتـه من الخيار مثل ما كان له ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من لـه الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنـده خيـار الشفعـة وخيـار قبول الوصيـة وخيـار الإقـالـة . وسلم لهم أبـو حنيفـة خيـار الرد بـالعيب : أعني أنـه قـال يـورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مـالـك خيـار رد الأب مـا وهبـه لأبنـه ، أعني أنـه لم ير لورثـة الميت من الخيار في رد الأب ما وهبه لابنه ما جعل لـه الشرع من ذلـك : أعني للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان [1] .

ومعنى خيـار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لا يتنزلون منزلتـه عنـد مـالـك . وسَلَّم الشافعي ما سَلَّمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدا خيـار

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك : (الشرح الصغير ٣/ ١٤٥) ولمـذهب الشـافعي (المجموع ٩/ ١٩٣) وعنـد الشـافعي لهم خيـار الشرط ولهم خيـار المجلس . فـإن كانـوا مجـانين ، أو أطفـالاً ، ينصب القاضي فيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ ، والإجازة ، كما لو جن صاحب الخيار .
ولمـذهب أبي حنيفـة : انظر (تحفـة الفقهـاء ٢/ ١٠٢) قـال السمرقنـدي : وأجمعـوا : أن خيـار العيب ، وخيار التعيين يورث ، وأجمعوا أن خيار القبول : لا يورث ، وكذلـك خيـار الإجـازة في بيع الفضولي .
أما خيار الرؤية ، فقد ذكر في كتاب الحيل : أنه لا يورث ، وكـذا روى ابن سماعة عن محمد . (المصدر السابق) ومـذهب أحمـد يسقـط الخيـار بموت أحـدهمـا : فلا يكون للوارث ولا السيـد خيار ، ولا يسقط بالجنون . انظر (الرَّوْض المُربِع ٢/ ٧١) .

الإقالة والقبول فقال : لا يورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال .

وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف : هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه ، فالمالكية والشافعية تحتج على أبى حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ، والحنفية تحتج أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطي فارقاً فيا يختلف فيه قوله ومشابهاً فيا يتفق فيه قوله ، ويروم في قول خصمه بالضد ، أعني أن يعطي فارقاً فيا يضعه الخصم متفقاً ، ويعطي اتفاقاً فيا يضعه الخصم متبايناً ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا إن خيار الأب في رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا إلى صفة في العقد .

وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار . أعني أنه من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد وَرَّثَه . ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه .

* * *

وأما المسألة السادسة : وهي من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين . واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي . فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد . وهو قول

أحمد . وللشافعي قول آخر مثل مالك . وبقول مالك قال أبو حنيفة [١] واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان وأن قوله لهما .

واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ، ومن جعل له المشتري الخيار . فقيل القول في الإمضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة . وقيل بالفرق بين البائع والمشتري : أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيار ، وقيل القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد الإمضاء، وأراد الأجنبي الذي اشترط خياره الرد ووافقه المشتري ، فالقول قول البائع في الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري ، وكذلك أن اشترط الخيار للأجنبي المشتري ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء . وكذلك الحال في المشتري ، وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري : أي إن اشتراطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وهذا كله ضعيف .

واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز ، مثل أن يشترط أجلاً مجهولاً وخيارا فوق الثلاث عند من لا يُجَوِّزُ الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعني أجنبياً ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط

---

(١) إذا شرط الخيار لأجنبي ، صح عند أبي حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، وقول للشافعي . والقول الثاني لا يصح . ولم يذكر ابن قدامة التوكيل لمذهب أحمد ، وكذلك لقول الشافعي : وإنما قال : وإن شرط الخيار لأجنبي ، صح ، وكان اشتراطاً لنفسه ، وتوكيلاً لغيره ، وهذا لا يعني عقد التوكيل من جانب المشترط . ذلك فتأمل . انظر (المغني ٥٨٧/٣) و (المجموع ١٨٥/٩) وقد صحح النووي القول بالصحة لقول الشافعي . وانظر لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٥٧) .

الشرط الفاسد. وقال أبو حنيفة: يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لا يتعدى، وإنما هو في الشرط فقط؟ فمن قال يتعدى أبطل البيع وإن أسقطه، ومن قال لا يتعدى قال: البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحاً [١].

---

(١) إذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت، فمذهب الشافعي البطلان، وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه.

وقال أحمد، وإسحق: البيع صحيح، والخيار باطل. وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: البيع صحيح، والشرط باطل.

وقال مالك: البيع صحيح، ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع، وقد تقدم هذا. انظر (المجموع ٩/ ٢١٢).

وتتميماً للفائدة نذكر ما قاله ابن قدامة في المغني قال: العقود على أربعة أضرب:

أحدها: عقد لازم يقصد منه العوض، وهو البيع، وما في معناه، وهو نوعان: **أحدهما:** يثبت فيه الخياران: خيار المجلس، وخيار الشرط، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس، والصلح بمعنى البيع، والهبة بعوض على إحدى الروايتين، والإجارة في الذمة نحو أن يقول: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب، ونحوه، فهذا يثبت فيه الخيار، لأن الخيار ورد في البيع، وهذا في معناه.

فأما الإجارة المعينة، فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط. وهذا مذهب الشافعي، وأحمد.

النوع الثاني: ما يشترط فيه القبض في المجلس: كالصرف، والسلم، وبيع مال الربا بجنسه، فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة عن أحمد. ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من مذهب أحمد لعموم الخبر.

الضرب الثاني: لازم لا يقصد به العوض، كالنكاح، والخُلْع، فلا يثبت فيهما خيار، لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله، والعوض ههنا ليس هو المقصود. ومثله الوقف، والهبة.

الضرب الثالث: لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن، جائز في حق المرتهن، فلا يثبت فيه خيار.

الضرب الرابع: عقد جائز من الطرفين: كالشركة، والمضاربة والجُعَالة، والوكالة، والوديعة، والوصية، فهذه لا يثبت فيها خيار.

= الضرب الخامس : وهو متردد بين الجواز ، واللزوم كالمساقاة والمزارعة ، والظاهر أنها جائزان ، فلا يدخلها خيار . وقيل : هما لازمان ، ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان . والسبق ، والرمي كذلك .

الضرب السادس : لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحوالة والأخذ بالشفعة ، فلا خيار فيهما ، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع . انظر (المغني ٣/ ٥٩٤) .

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب بيع المرابحة

كتاب بيع المرابحة *

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومرابحة ، وأن المرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم [١] .

---

* المرابحة في اللغة مصدر رابح من الربح ، وهو الزيادة .

واصطلاحاً « بيع السلعة بثمنها التي قامت به مع الربح بشرائط مفصلة » تعريف الشافعية . أو هو « بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح » تعريف الحنفية . أو هو « بيع برأس المال ، وربح معلوم » تعريف الحنابلة .

انظر كتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) لهذا النوع من البيع والذي أخذت به بعض المصارف الإسلامية المعاصرة .

وانظر كذلك مقالات وردود علمية بعنوان (المرابحة ، والفوارق الأساسية بينها وبين السَّلَم) .

(١) هذه صفة المرابحة .

أما أركانها ، فهي أركان البيع ، وهي ثلاثة : العاّقدان ، والصيغة والإيجاب والقبول ، والمعقود عليه .

أما شروطها ، فهي كما يلي :

١ ـ أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح ، والعلم بالثمن الأول شرط لصحة البيع ، فإذا لم يكن معلوماً ، فهو فاسد .

٢ ـ أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن ، والعلم بالثمن شرط لصحة البيع .

٣ ـ ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا ، فإن كان كذلك بأن اشترى المكيل ، أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل ، لم يجز أن يبيعه مرابحة ، لأن المرابحة بيع الثمن الأول ، وزيادة ، والزيادة في أموال الربا تكون ربا ، لا ربحاً .

٤ ـ أن يكون العقد الأول صحيحاً ، فإن كان فاسداً ، لم يجز . ويشترط علمهما برأس المال ، فيقول : رأس مالي فيه ، أو هو علي بمائة بعتك بها ، وربح عشرة . فهذا جائز لا خلاف في صحته قال ابن قدامة : ولا نعلم فيه عند أحد كراهة ، وإن قال : بعتك برأس مالي فيه ، وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال : ده يازده ، أو دوازده ، فقد رويت كراهته عن ابن عمر ، وابن عباس ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبير ، وعطاء بن يسار وأحمد . وقال إسحق : لا يجوز ، لأن الثمن مجهول حال العقد .

ورخص فيه سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وشريح ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ، لأن رأس المال معلوم ، والربح معلوم انظر (المغني) .

واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين : **أحدهما** : فيا للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . **والموضع الثانى** : إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به . أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : **الباب الأول** : فيا يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح . **الثاني** : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الأول

فيما يُعَدُّ مِن رَأْسِ المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد . فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح . وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح .

فأما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظًّا من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التي توضع بها .

وأما مالا يحتسب فيه في الأمرين [١] جميعاً . فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطي والشد . وقال أبو حنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا يجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إنْ وقع قال لأنه كذب ، لأنه يقول له : ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك . وهو عنده من باب الغش [٢] .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » « ما لا يحتسب فيه الأمرين » والصواب ما أثبتناه .

(٢) بالنسبة لما يضاف على الثمن الأصلي ، أو لا يضاف عبارات لمذهب الشافعي .

إحداها : بعت بما اشتريت ، أو بما بذلت من الثمن ، وربح كذا ، وحينئذ ليس له أن يضيف على الثمن الأصلي غير الربح المتفق عليه .

الثانية : أن يقول : بعت بما قام علي ، وربح كذا ، وحينئذ له أن يضيف أجرة الكيال ،=

ـ وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبره به فإن مالكاً والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة . وكذلك إن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف .

واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لا يجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العَرَض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء

= والحمال ، والقصار ، والرفاء ، والصباغ وقيمة الصبغ .. وكذلك كراء البيت الذي فيه المتاع . أما المؤن ، فإنها لا تدخل على الصحيح من مذهب الشافعي ، كعلف الدابة مثلاً ، أما العلف الخاص بالتسمين ، فإنه يضاف . أما إذا كال بنفسه ، أو قصر الثوب بنفسه ، فإن الأجرة لا تدخل في ذلك .

الثالثة : بعتك برأس المال ، وربح كذا ، فالصحيح أنها كقوله بما اشتريت . انظر (الروضة ٤/ ٥٢٧) .

أما عند الحنفية ، فيجوز أن يلحق برأس المال أجرة القصار ، والصباغ ، والغسال ، والفتال ، والخياط ، والسمسار ، وسائق الغنم ، والكراء .

أما أجرة الراعي ، والطبيب ، والحجام .. والبيطار ، وما أنفق على نفسه .. فلا يلحق برأس المال .. انظر (بدائع الصنائع ٧/ ٣١٩٩) أما بالنسبة لمذهب مالك ، فما ذكره المؤلف . وانظر (المدونة ٣/ ٢٤٤) وعند أحمد : يبين ما اشتراه ، وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصلت علي بكذا ، فيبين العمل فيها مثل أن يقصرها ، أو يرفوها ، أو يجعلها ، أو يخيطها .. فلابد من تبيين ذلك كله .

وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، والنخعي ، والأوزاعي ، وأبو ثور . قال ابن قدامة ؛ ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن ، ويقول : تحصلت علي بكذا ، لأنه صادق . وبه قال الشعبي ، والحكم ، والشافعي . انظر (المغني ٤/ ٢٠١) .

من العروض أن يبيعها مرابحة لأنـه يطـالبـه بعروض على صفـة عرضـه ، وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده (١) .

واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بـدنـانير فـأخـذ في الـدنـانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحـة دون أن يُعْلِمَ بمـا نَقَدَ أم لا يجوز ؟ فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد . وقـال أبو حنيفـة : يجوز أن يبيعهـا منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيهـا أو الدراهم (٢) ، قال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل . وقال الشافعى إن وقع كان للمشتري مثل أجله . وقـال أبو ثور: هـو كالعيب ولـه الرد بـه (٣) . وفي هـذا الباب في المـذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

* * *

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٢/ ٥٨) .

(٢) انظر لمذهب مالك في هذه المسئلة (المدونة ٣/ ٢٤٦) .

(٣) انظر في هذه المسئلة لمذهب مالك (المدونة ٣/ ٢٤٦) وبقول مالك قـال أحمد فيمن اشترى شيئـاً بثمن مؤجل أنه لا يجوز حتى يبين ذلك . انظر (المغني ٤/ ٢٠٤) .
وقال أبو حنيفة : يجوز دون أن يبين . انظر (تحفة الفقهاء ٢/ ١٦٠) وهو قول الشـافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد . انظر (المغني ٤/ ٢٠٤) .

الباب الثاني

في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك إما بإقراره وإما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ، فقال مالك وجماعة : المشتري بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإنْ ألزمه لزمه ، وقال أبو حنفية وزفر : بل المشتري بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إنْ ألزمه البائع لزمه ، وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة ، وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقاً ، والقول باللزوم بعد الحط [١] .

فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر ، كما لو أخذ بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب ، أعني أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب .

---

(١) إذا قال : بعتك هذا الشيء برأس ماله مائة ، وربح عشرة ، ثم علم ببينة ، أو إقرار أن رأس ماله تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن ، فلم يمنع صحة العقد كالعيب ، وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال ، وهو عشرة ، وحطها من الربح ، وهو درهم ، فيبقى على المشتري بتسعة ، وتسعين درهماً .

وبهذا قال الثوري ، وابن أبي ليلى ، وأحمد ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو مخير بين الأخذ بكل الثمن ، أو يترك قياساً على المعيب ، وهو قول مالك ، وهي رواية عن أحمد ، وقول للشافعي . وحكى عنه أنه لا خيار له . انظر (المغني ٤/ ١٩٩) و (المدونة ٣/ ٢٥٠) لمذهب مالك .

وأما إذا فاتت السلعة فقال الشافعي : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ، وقال مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع ـ على خلاف عنه في ذلك ـ مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وإن كانت القيمة أقل خُيِّرَ البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو إمضائه السلعة بالثمن الذي صح .

وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة ، فقال الشافعي : لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه بيع آخر . وقال مالك في هذه المسألة : إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذي صح [1] فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب .

ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها : حكم مسألة الكذب ، وحكم مسألة الغش ، وحكم

---

(١) إذا قال في المرابحة : رأس مالي فيه مائة ، وأربح عشرة ، ثم عاد ، فقال : غلطت رأس مالي فيه مائة ، وعشرة ، لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً . ذكر ذلك ابن المنذر عن أحمد ، وإسحق ، وروى أبو طالب عن أحمد : إذا كان البائع معروفاً بالصدق ، قبل قوله ، وإن لم يكن صدوقاً ، جاز البيع ، وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أن القول قول البائع مع يمينه .

وعن أحمد رواية ثالثة: أنه لا يقبل قول البائع ، وإن أقام به بينة حتى يصدقه المشتري ، وهو قول الثوري ، والشافعي .

ذكر ابن عبد البر لمذهب مالك : إن ذكر أن ثمنها أكثر مما أخبر به أولاً ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، فإن قامت له بينة ، والسلعة قائمة ، فسخ البيع بينهما إلا أن يتراضيا على شيء ، فيجوز ، فإن فاتت السلعة في يد مشتريها ، ضمن قيمتها ما لم يزد على الثمن الذي أخبر به ثانياً ، وربحه على حسابه ما لم ينقص عن الذي أخبره به أولاً . انظر (الكافي ٥٩/٢) وهذا مخالف كما ترى لما ذكره المؤلف عن مالك . فتأمل ذلك .

مسألة وجود العَيْب . فأما حكم الكذب فقد تقدم . وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإنْ حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسألة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر في الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب .

وأما التي تتركب فهي أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ، وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذي بقي حكمه أو بالذي هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع ، أعني مذهب ابن القاسم وغيره .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله

وصحبه وسلم تسليما

كتاب بيع العرِيَّة

كتاب بيع العرِيَّة *

اختلف الفقهاء في معنى العَرِيّة والرخصة التي أتت فيها في السنة ، فحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز للمُعَرِّي شراؤها

---

* قال في القاموس : أعراه النخلة : وهبه ثمرتها عامها ، والعَرِّية : النخلة المعراة .

قال الحافظ : العَرِّية : هي عطية ثمر النخل دون الرقبة ، كان العرب في الجدب يتطوع أهل النخل بذلك على من لا ثمرة له ، كما يتطوع صاحب الشاة ، أو الإبل بالمنيحة ، وهي عطية اللبن دون الرقبة .

والعرية : فعيلة بمعنى مفعولة ، أو فاعلة ، يقال : عَرى النخل بفتح العين ، والراء بالتعدية يعروها ، إذا أفردها عن غيرها بأن أعطاها لآخر على سبيل المنحة ليأكل ثمرها ، وتبقى رقبتها لمعطيها ، ويقال : عَرِيت النخل بفتح العين ، وكسر الراء تعرى على أنه قاصر ، فكأنها عريت عن حكم أخواتها ، واستثنيت بالعطية . واختلف في المراد بها شرعاً .فقال مالك : العرية أن يعرى الرجل الرجل النخلة (أي يهبها له ، أو يهب له ثمرها ، ثم يتأذى بدخوله عليه ، فرخص له ، أي للواهب أن يشتريها) أي يشتري رطبها منه بتمر يابس . قال الحافظ : وهذا التعليق وصله ابن عبد البر من طريق ابن وهب . وروى الطحاوي من طريق ابن نافع عن مالك أن العرية النخلة للرجل في حائط غيره ، وكانت العادة أنهم يخرجون بأهليهم في وقت الثار إلى البساتين ، فيكره صاحب النخل الكثير دخول الآخر عليه ، فيقول له أنا أعطيك بخرص نخلتك تمراً ، فرخص له في ذلك . ومن شرط العرية عند مالك أنها لا تكون بهذه المعاملة إلا مع المعري خاصة لما يدخل على المالك من الضرر بدخول حائطه ، أو ليدفع الضرر عن الآخر بقيام صاحب النخل بالسقي ، والكلف ، ومن شرطها أن يكون بعد بدو الصلاح ، وأن يكون بتمر مؤجل ، وخالفه الشافعي في الشرط الأخير ، فقال : يشترط التقابض .

وفسرها الشافعي : أن يشتري الرجل ثمرة النخلة ، فأكثر بخرصه من التمر بأن يخرص الرطب ، ثم يقدر كم ينقص ، إذا يبس ، ثم يشتري بخرصه تمراً ، فإن تفرقا قبل أن يتقابضا ، فسد البيع . قال الحافظ : وقد جاء عن الشافعي بلفظ آخر قرأته بخط أبي علي الصدفي بهامش نسخته ، قال لفظ الشافعي : ولا تبتاع العرية بالتمر إلا أن تخرص العرية كما يخرص المعشر ، فيقال : الآن كذا وكذا من الرطب ، فإذا يبس ، كان كذا ، وكذا فيدفع من التمر بكيله خرصاً ، ويقبض النخلة بثمرها قبل أن يتفرقا ، فإن تفرقا قبل قبضها ، فسد . انظر (الفتح ٤/ ٣١٠) .

من المُعَرَّى له بخرصها تمراً على شروط أربعة : **أحدها** : أن تُزْهَى . **والثاني** : أن تكون خمسة أَوْسُق فما دون ، فإن زادت فلا يجوز . **والثالث** : أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ ، فإن أعطاه نقدا لم يجز . **الرابع** : أن يكون التمر من صِنْف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية إنما هي في حق المعرى فقط ، والرخصة فيها إنما هي استثناؤها من المزابنة ، وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ، ومن صِنْفَي الربا أيضاً : أعني التفاضل والنساء ، وذلك أنه بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً ، وهو أيضاً بتمر إلى أجل . فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية ، وما هي الرخصة فيها ، ولمن الرخصة فيها ؟

وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة ، وإنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من التمر : أعني الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ، وروى أن الرخصة فيها إنما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رُطَباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب . والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع به العرية أن يكون نقداً ، ويقول : إنْ تفرقا قبل القبض فسد البيع .

والعرية جائزة عند مالك في كل ما ييبس ويدخر ، وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعي ، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق [1] ، فروي الجواز عنهما والمنع

---

(١) قال الحافظ : وصور العريّة كثيرة منها أن يقول الرجل لصاحب الحائط بعني ثمر نخلات بأعيانها بخرصها من التمر ، فيخرصها ، ويبيعه ، ويقبض منه التمر ، ويسلم له النخلات بالتخلية ، فينتفع برطبها ، ومنها أن يهب صاحب الحائط لرجل نخلات ، أو ثمر نخلات معلومة من حائطه ، ثم يتضرر بدخوله عليه ، فيخرصها ، ويشتري منه رطبها بقدر خرصه بتمر يعجله =

والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعي يخالف مالكاً في العرية في أربعة مواضع : **أحدها :** في سبب الرخصة كما قلنا . **والثاني :** أن العرية التي رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . **والثالث :** في اشتراط النقد عند البيع . **والرابع :** في محلها . فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط ، وعند مالك في كل ما يدخر وييبس .

وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه

= له ، ومنها أن يهبه إياها ، فيتضرر الموهوب له بانتظار صيرورة الرطب تمراً ، ولا يحب أكلها رطباً ، لإحتياجه إلى التمر ، فيبيع ذلك الرطب بخرصه من الواهب ، أو من غيره يأخذه معجلاً ، ومنها أن يبيع الرجل ثمر حائطه بعد بدو صلاحه ، ويستثني منه نخلات معلومة يبقيها لنفسه ، أو لعياله ، وهي التي عفى له عن خرصها في الصدقة ، وسميت عرايا ، لأنها أعريت من أن تخرص في الصدقة ، فرخص لأهل الحاجة الذين لا نقد لهم ، وعندهم فضول من تمر قُوتِهِم أن يبتاعوا بذلك التمر من رطب تلك النخلات بخرصها ، ومما يطلق عليه اسم عرية أن يعرى رجلاً ثمر نخلات ، يبيح له أكلها ، والتصرف فيها ، وهذه هبة مخصوصة .

ومنها أن يعرى عامل الصدقة لصاحب الحائط من حائطه نخلات معلومة ، لا يخرصها في الصدقة . وهاتان الصورتان ، لا يبيع فيها .

قال الحافظ : وجميع هذه الصور صحيحة عند الشافعي ، والجمهور . وقصر مالك العرية في البيع على الصورة الثانية ، وقصرها أبو عبيد على الصورة الأخيرة من صور البيع ، وزاد أنه رخص لهم أن يأكلوا الرطب ، ولا يشتروه لتجارة ، ولا ادخار .

ومنع أبو حنيفة صور البيع كلها ، وقصر العرية على الهبة : وهو أن يعري الرجل تمر نخلةٍ من نخله ، ولا يسلم ذلك له في ارتجاع تلك الهبة ، فرخص له أن يحتبس ذلك ، ويعطيه بقدر ما وهبه له من الرطب بخرصه تمراً ، وحمله على ذلك عموم النهي عن بيع التمر بالتمر . انظر (الفتح ٤/ ٣١١) و(المغني ٤/ ٦٦) .

ولا يجوز عند أحمد بيع العرية في غير النخل ، وهو اختيار ابن حامد من الحنابلة ، وقول الليث ابن سعد ، إلا مما يكون ثمرته لا يجري فيها الربا ، فيجوز بيع رطبها بيابسها ، لعدم جريان الربا فيها .

قال ابن قدامة : ويحتمل أن يجوز في العنب ، والرطب دون غيرهما . وهو قول الشافعي . وقال القاضي من الحنابلة : يجوز في سائر الثمار . وهو قول مالك ، والأوزاعي قياساً على النخل . انظر (المغني ٤/ ٧٣) .

في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له أعني المعَرَّى له لا المعَرِّي ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكاً في أن العرية هي الهبة ، ويخالفه في صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته إذا كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن يعطى بدلها تمراً بخرصها .

وعمدة مذهب مالك في العرية أنها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجِذاد . ومن الحجة له في أن الرخصة إنما هي للمُعَرِّي حديث سهل بن أبي حثمة « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً »[1] قالوا : فقوله يأكلها رطباً دليل على أن ذلك

---

(١) لفظ الحديث « نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخّصَ في العرايا أن يشتري بخرصها يأكلها أهلها رطباً » متفق عليه .

وفي لفظ « عن بيع الثمر بالثمر ، وقال : ذلك الربا ، تلك المزابنة إلا أنه رخص في بيع العرية بالنخلة ، والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً » متفق عليه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٢٦) .

قال ابن قدامة : في هذه المسئلة خمسة فصول :

أولها : في إباحة العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، والشافعي ، وإسحق وأحمد ، وابن المنذر . وقال أبو خنيفة : لا يحل بيعها .

الفصل الثاني : أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها .

=

خاص بمعريها ، لأنهم في ظاهر هذا القول أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان ، لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعرى ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحجة للشافعي .

وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل اللغة قالوا : العرية هي الهبة ، واختلف في تسميتها بذلك ، فقيل لأنها عريت من الثمن ، وقيل إنها مأخوذة من عروتُ الرجل أعروه إذا سألته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وأَطْعِمُوا القانِعَ والمُعْتَرّ ﴾ [1] وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجِذاذ أعني تأخيره إلى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته

= فأما في خمسة أوسق ، فلا يجوز عند أحمد ، وبه قال ابن المنذر ، والشافعي في أحد قوليه .
وقال مالك ، والشافعي في القول الثاني : يجوز ، ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد .

الفصل الثالث : أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعها ، هذا ظاهر كلام أصحاب أحمد . وبه قال الشافعي وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أنه شرط .

الفصل الرابع : أنه مما يجوز بيعها بخرصها من التمر ، لا أقل منه ، ولا أكثر ، ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوماً بالكيل ، ولا يجوز جزافاً ، قال ابن قدامة : لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً .

ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس ، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً .

ويقع على وجهين :

أحدهما : أن يقول : بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا ، وكذا من التمر ويصفه .

والثاني : أن يكيل من التمر بقدر خرصها ، ثم يقول : بعتك هذا بهذا . أو يقول : بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ، ونحو هذا .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً ، ولا يجوز بيعها لغني ، وهو قول أحمد ، وهو أحد قولي الشافعي وأباحها الشافعي في القول الآخر مطلقاً لكل واحد . انظر (المغني ٤/ ٦٥) وما بعدها .

(١) الحج آية ٣٦ .

أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة .

وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبي هريرة « أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو في خمسة أوسق » [١] وإنما كان عن مالك في الخمسة الأوسق روايتان لأن الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي .

وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا يبس ، فلما روي عن زيد بن ثابت « أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمراً » خرجه مسلم [٢] . وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة عن النبي ﷺ « أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها : يأكلها أهلها رطباً » [٣] .

والعرية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أنْ يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القَدْر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ ـ أمّا زيد بن ثابت وإما غيره ـ : « ما عرايا كم هذه ؟ قال : فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب

(١) الحديث متفق عليه عن أبي هريرة . انظر (نيل الأوطار ٥/ ٢٢٦) .

(٢) الحديث متفق عليه بلفظ « رخص في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً » (المصدر السابق) عن زيد بن ثابت .

(٣) الحديث رواه أحمد ، والبخاري ، والترمذي عن سهل بن أبي حثمة .

أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعون العرايا بخَرْصِها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطبا »[1] وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخص المعري من غيره .

وأما أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت إنْ جُعِلَتْ بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب بإعطاء خرصها تمراً ، أو تسميته إياها بيعاً عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخَرْصِ ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع : منها أنه لم يسمها بيعاً ، وقد نَصَّ الشارع على تسميتها بيعاً .

ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناءً من المزابنة ، لأن المزابنة هي في البيع . والعجب منه أنه سَهُلَ عليه أن يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهي المزابنة ، والله أعلم .

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في مختلف الحديث عن زيد بن ثابت . قال ابن حزم : لم يذكر الشافعي له إسناداً ، فبطل ، وأنكره محمد بن داود الظاهري . (المصدر السابق) .

الفهرس